

التَّوْضِيحُ

شرح مختصر ابن الجلب

تصنيف

الشيخ الإمام العلامة
خليل بن إسحاق الجلبى
رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى
(ت ٧٧٦ هـ)

حققه وضبطه ووثق نصوصه
وخرج أحاديثه وعلق عليه

أبو فضل الدمياني
أحمد بن علي

المجلد الرابع

دار ابن حزم

مركز الدراسات والبحوث
الدار البيضاء

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م



ISBN 978-614-416-294-1

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز الدراسات الثقافية والتراث

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 022-442931 / فاكس: 022-442935
المملكة المغربية

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366
هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)
البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb
الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

التوضيح
شرح مختصر ابن الحاجب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب العدد

العدد: عِدَّةُ الطَّلَاقِ، وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ، وَالْإِسْتِبْرَاءِ.

العدد: جمع عدة، وسميت بذلك لاشتغالها على العدد، وهي تربص المرأة زماناً معلوماً قدره الشرع علامة على براءة رحمها مع ضرب من التعبد، وجعل المصنف أنواعها ثلاثة، وفي جعل الاستبراء من أنواع العدة تجوز في اصطلاح الفقهاء.

وهي بالأقراء، والأشهر، والحمل.

الأقراء في الطلاق لذوات الحيض، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ

قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، والأشهر للمتوفى عنها وللمطلقة إذا لم تكن من ذوات الحيض لصغر أو كبر، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وقال تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ إلى ﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] أي فعدتهن كذلك، ووضع الحمل عدة للحامل كانت متوفى عنها أو مطلقة، قال الله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

ولا عدة على مُطَلَّقة قَبْلَ الدُّخُولِ.

لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ

فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، ولا مفهوم لصفة الإيمان هنا لأنه خرج مخرج الغالب، ولا فرق بين مؤمنة وكافرة.

فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ وَجَبَتْ بِإِقْرَارِهَا لَا بِإِقْرَارِهِ.

يعني: فإن لم يعلم دخول فإن أقرت هي به وجبت عليها العدة؛ لأنه إقرار منها على

نفسها فلزمها كسائر الإقرارات بخلاف ما لو أقر هو فقط فإنه دعوى عليها بغير دليل فلا يقبل كسائر الدعاوى، وهذا الكلام في نفس العدة، وأما لواحقها من النفقة والسكنى فسيأتي الكلام عليها.

فَإِنْ ظَهَرَ حَمْلٌ وَلَمْ يَنْفِهْ كَانَ كَالدُّخُولِ فِي الْعِدَّةِ وَالرَّجْعَةِ وَلَوْ ظَهَرَ بَعْدَ مَوْتِهِ لَحِقَ بِهِ.
لأن الولد للفراش فهو لاحق به ولا ينتفي عنه إلا بلعان، وعلى هذا فيجب عليها إذا
طلقها العدة وتكون له الرجعة، وهذا معنى قوله: (وَكَانَ كَالدُّخُولِ فِي الْعِدَّةِ وَالرَّجْعَةِ)
وفي بعض النسخ: (ولا رجعة له) وهي غير صحيحة؛ لأنها إذا وجبت عليها العدة كان
له الرجعة، وقوله: (وَلَوْ ظَهَرَ بَعْدَ مَوْتِهِ) ظاهر لأنه إنما كان ينتفي عنه في الحياة باللعان
وهو لا يتأتى هنا.

وَأَمَّا بَعْدُهُ فَتَجِبُ، وَإِنْ تَصَادَقَا عَلَى نَفْيِ الْوَطْءِ حَيْثُ أُمِّكُنْ شَغْلُهَا مِنْهُ بِأَيِّ خُلُوةٍ
كَانَتْ.

أي: وأما بعد الدخول وهو إرخاء الستور (فَتَجِبُ) العدة سواء (تَصَادَقَا) معاً (على
نَفْيِ الْوَطْءِ) أم لا لحق الله في العدة بشرط إمكان الوطء، وأما لو خلا بها لحظة تقصر عن
زمان الوطء فلا، وقوله: (بِأَيِّ خُلُوةٍ كَانَتْ) أي: سواء كانت خلوة اهتداء أو خلوة زيارة.

فرع:

قال في «المدونة»^(١): ولو كان معها نساء حين قَبْلَ وانصرف لمحضرهن فلا عدة
عليها.

الباجي^(٢): وكذلك امرأة واحدة، أي: لأن الخلوة قد فقدت.

وَتَسْقُطُ النِّفَقَةُ وَالسُّكْنَى، وَلَا يَجِبُ إِلَّا نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَلَا رَجْعَةٌ لَهُ.

هذا مفرع على ما إذا تصادقا على نفي الوطء وسقط حقها من النفقة والسكنى ومن
تكميل الصداق لإقرارها بعدم الإصابة، وسقط حقه من الرجعة لإقراره أنه لم يصب،
وكذلك أيضاً لا تكون له الرجعة إذا ادعى أحدهما الوطء وأنكره الآخر؛ لأنه يتهم على
الرجعة في غير محلها.

ابن عبد السلام: وينبغي إذا اختلفا في المسيس أن يجري حكم النفقة والسكنى على
الصداق بحيث يكمل يثبتان، وحيث لا يكمل يسقطان.

(١) تهذيب المدونة (١/ ٤٠٧).

(٢) المتقى (٥/ ٣٧١).

وَلَا شَيْءَ لَهَا فِي الْفَاسِدِ، وَقِيلَ: تَعَارَضَ إِنْ كَانَ تَلَذُّذَ شَيْءٍ.

يعني: أن ما قدمه من وجوب نصف الصداق إذا طلق قبل البناء إنما هو في النكاح الصحيح، وأما الفاسد فلا شيء عليه فيه؛ لأن الله تعالى إنما أوجب النصف إذا طلق الزوج فقال: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] لأنه قد أضاف الطلاق إليهم، والإضافة إليهم تستدعي وقوعه باختيارهم. وظاهر ما لابن القاسم في إرخاء الستور ما قدمه المصنف، والمنسوب فيه لغيره هو القول الثاني، وعكس هذا القول في كتب العدة فجعل القول بأنها تعارض لابن القاسم ولا تعارض لغيره.

وَلَا تَجِبُ بَوَاطُءُ الصَّغِيرِ الَّذِي لَا يُوَلَدُ لِمِثْلِهِ وَإِنْ قَوِيَ عَلَى الْجَمَاعِ، وَلَا بِالْمَجْبُوبِ ذَكَرُهُ وَأُنْثَاهُ...

يعني: أن العدة في الطلاق إنما تجب إذا كان الزوج يمكن أن يولد لمثله، فلذلك لا تجب بوطء الصغير الذي لا يولد لمثله، يريد إذا خالغ عنه أبوه أو وصيه مثلاً فطلاقه نافذ، ولا بوطء المجبوب لكن تجب على زوجاتهما العدة في الوفاة، ولا أعلم في هذه الجملة خلافاً. بخلاف الخصي القائم الذكر، وفيها فيه وفي عكسه يسأل النساء، فَإِنْ كَانَ يُوَلَدُ لِمِثْلِهِ فَالْعِدَّةُ، وَإِلَّا فَلَا عِدَّةٌ وَلَا يَلْحَقُ...

(بِخِلَافِ الْخَصِيِّ الْقَائِمِ الذَّكَرِ) المقطوع الاثنين، ومقتضى قوله (بِخِلَافِ) أنها تجب العدة بوطئه وهذا قول حكاه اللخمي وغيره.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر المذهب، وقال ابن حبيب: لا عدة على امرأته. وهو ظاهر؛ لأن الولد لا يلحق به عند ابن القاسم.

ابن حبيب: وكذلك ذاهب الخصية اليسرى، وقال ابن دينار: الولد لاحق بالخصي كيفما كان، قيل: وعكسه تجب العدة كيفما كان.

وأشار عياض إلى أنه لا فرق في القليح الذكر بين أن يكون سالماً أو بعضه؛ لأنه يصيب بما بقي من ذكره، وكذلك صرح به أشهب، وقوله: (فِيهِ وَفِي عَكْسِهِ) المراد بالعكس: أن يكون ما في الاثنين مقطوع الذكر.

عياض: وسبب الخلاف بين «المدونة» وابن حبيب ذهاب الأثنيين أو أحدهما، فمذهب «الكتاب»: الإحالة على سؤال أهل المعرفة هل يولد له أم لا؟ ومذهب ابن حبيب: الإحالة على علم الطب والتشريح لأنهم يقولون: إن البيضة اليسرى جعلت لطبخ المنى فإذا فقدت لم يمكن أن يتأتى له ولد، فلا تعتد زوجته ولا يلحق به ولد بخلاف ما إذا كان مقطوع الذكر أو البيضة اليمنى، ونص ابن حبيب على أنه إن بقي معه أنثياه أو اليسرى منهما وبقي من العسب بعضه أن الولد لاحق به. وينبغي على قوله أن يلحق به الولد وإن لم يبق من عسيبه شيء.

وقوله: (إِنْ كَانَ يُوْلَدُ لِمِثْلِهِ فَالْعِدَّةُ) أي: فالعدة واجبة، يريد ويلحق به الولد (وإلا فلا) أي وإن لم يولد لمثله (فَلَا عِدَّةٌ وَلَا يَلْحَقُ) به الولد.
وَلَا عَلَى صَغِيرَةٍ لَا تُطِيقُ الرَّجُلَ.

لا خلاف في ذلك لأن وطئها جرح وفساد، وفهم منه أنها إن طاعت الرجل عليها العدة وإن لم يمكن حملها وهو مذهب «المدونة»، واختار ابن لبابة أنها لا عدة عليها ولا على الكبيرة المسنة التي لا يخشى منها الحمل.

وَيَجِبُ عَلَى الْحُرَّةِ عِدَّةُ الْمُطَلَّقةِ مِنْ كُلِّ نِكَاحٍ فَاسِدٍ بَعْدَ الدُّخُولِ مِنْ حِينَ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ثَلَاثُ حِيضٍ وَمِنْ كُلِّ وَطْءٍ مِنْ زَنَى أَوْ اشْتَبَاهُ.

عدة المطلقة ثلاثة أقراء في ذات الأقراء وثلاثة أشهر في اليائسة والصغيرة.

وقوله: (مِنْ كُلِّ نِكَاحٍ) أي: سواء كان مجمعا على فساد أم لا؟ وهذا هو المشهور ومذهب «المدونة».

للخمي: وقيل: يكفي في المتفق على فساده كنكاح المحرم والرضاع حيضة لأن الزيادة على الواحدة تعبد.

وقوله: (بَعْدَ الدُّخُولِ) ظاهر؛ لأنه إذا لم يجب على المطلقة قبل البناء شيء في النكاح الصحيح فأحرى الفاسد، وقيل: من حين فرق بينهما؛ لأنه قد يتوهم أن النكاح المجمع على فساد لما كانت الفرقة فيه لا تحتاج إلى حكم حاكم كانت في كل وقت كالأجنبية، فتكون العدة من آخر وطء.

وقوله: (ثَلَاثُ حِيضٍ) هو عطف بيان على قوله: (عِدَّةُ الْمُطَلَّقةِ) أو بدل، ومراده

بقوله: (ثَلَاثُ حِيَضٍ) أي: ثلاثة أطهار؛ لأن الأقراء عندنا الأطهار كما سيأتي، ووجبت العدة في النكاح الفاسد كالصحيح لأن الولد لا يلحق به فيه.

وقوله: (وَمِنْ كُلِّ وَطْءٍ مِنْ زَنَى أَوْ اشْتَبَاهُ) هذا معطوف على قوله: (مِنْ كُلِّ نِكَاحٍ فَاسِدٍ) لكن لا يسمى هذا في عرف الفقهاء عدة وإنما يسمى استبراء.

وَلَا يَطَأُ الزَّوْجُ وَلَا يَعْقِدُ وَإِنْ لَحِقَ الْوَلَدُ بِخِلَافِ الْمُطَلَّقِ فِي الصَّحِيحِ.

يعني: أن من زنت زوجته أو اشتبهت فلا يطأها زوجها في مدة الاستبراء ولو كان الولد به لاحقاً، وكذلك لا يعقد على الأجنبية التي زنت أو وطئت باشتباه؛ لأن كل محل امتنع فيه الاستمتاع امتنع فيه العقد إلا الحيض والنفاس.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يريد أن النكاح الفاسد إذا فسخ لا يكون للزوج فيه أن يعقد ولا يطأ وإن لحق الولد، وهذا المعنى الثاني وإن كان قرب إلى لفظه لكن يبقى قوله: (وَلَا يَطَأُ) ليس فيه كبير فائدة واقتصر، وعلى الثاني بخلاف المطلق في النكاح الصحيح فإن له أن يعقد ويطأ لأن مائه صحيح لكن يشترط أن لا تكون مريضة بحيث يحجر عليها.

وَمِنْ غَيْبَةِ الْغَاصِبِ وَالسَّابِي عَلَيْهَا وَالْمُشْتَرِي وَلَا يُرْجَعُ إِلَى قَوْلِهَا.

يعني: ويجب الاستبراء أيضاً بثلاثة أطهار إذا غصبت وغاب عليها الغاصب.

ابن عبد السلام: وقد اختلف لفظه في «المدونة» في الأمة المغصوبة يغيب الغاصب عليها ثم تعود إلى ربها فظاهر كلامه في أول الاستبراء الوجوب، ونص بعد ذلك على أن استبراءها مستحب، وينبغي أن يجري ذلك في الحرة، وكذلك يجب الاستبراء بالثلاثة إذا غاب عليها السابي من الكفار أو المشتري، وسواء بيعت هذه الحرة جهلاً أو فسقاً.

وقوله: (وَلَا يُرْجَعُ إِلَى قَوْلِهَا) أي لا تصدق المرأة إن قالت: لم يصبني، وفي بعض النسخ: (قولهما): أي: الرجل والمرأة لحق الله تعالى.

وَفِي إِيْجَابِ ذَلِكَ فِي إِمْضَاءِ الْوَلِيِّ أَوْ فُسْخِهِ قَوْلَانِ

يعني: إذا زَوَّجَ أجنبيُّ امرأةً مع وجود وليها غير المجبر، وقلنا بأشهر قولي ابن القاسم: أن للولي الخيار في إجازته وفسخه ما لم يطل بعد البناء، فأَمْضَاهُ بعد البناء بالقرب فهل هو تقرير، وكأن النكاح وقع بولي فلا يحتاج إلى استبراء، وكذلك لا يحتاج

إليه في الفسخ إذا أراد الزوج أن يتزوجها بعد الفسخ ؟

أو يقال: إمضاؤه كابتداء نكاح فيحتاج إلى استبراء لأن الماء الأول فاسد وكذلك يحتاج إليه في الفسخ ؟

وحاصله: إن قيل: إن الماء صحيح لم يحتج إليه وإلا احتاجت. والقول بالاستبراء هو ظاهر «المدونة» على ما وقع في بعض الروايات، ففيها: ويكره للرجل أن يتزوج امرأة بغير أمر ولي، أعني ولي نسب.

ابن القاسم: فإن فعل كره له وطؤها حتى يعلم وليها فيجيز أو يفسخ، فإن فسخته الإمام أو وليها عند الإمام ثم أراده زوّجها إياه مكانها وإن كره الولي إذا دعت إلى سداد وإن لم يساو حسبها ولا غناها، وكان مرضياً في دينه وعقله وهذا إذا لم يكن دخل بها.

ابن يونس^(١): يريد فإن دخل بها لم ينكحها حتى تستبرئ بثلاث حيض، لكن صرح في بعض الروايات بأن قوله: (وهذا إذا لم يدخل بها) من كلام سحنون، والأولى رواية أبي عمران؛ لأنه قال: إن كان هذا الشرط لسحنون فهو على مذهبه في العبد يتزوج بغير إذن سيده فيجيز السيد أنه يستبرئ، قال: وقاله ابن الماجشون.

وإن كان من كلام ابن القاسم فهو خلاف ما ذكره ابن حبيب أن مالكا قال: إن كل نكاح ليس لأحد إجازته فلا يتزوجها في استبراء منه، وإن كان للولي أو السلطان إجازته فله أن يتزوجها في عدة منه، وهو في «الموازية» في المملوكة توطأ قبل العلم عليها الاستبراء.

واستشكل جماعة الاستبراء هنا لعدم فائدته فإن الولد لاحق به.

وأجيب: بأن الفائدة تظهر في القذف فلو نسب الولد إلى شبهة في نسبه لم يُحد من نسبه إلى ذلك إذا نشأ من الماء الواقع قبل الفسخ أو الاختيار، ويحد إذا نشأ الولد بعد ذلك.

فرع: وأما إذا كان النكاح صحيحاً والوطء فاسداً كمن وطئ زوجته حائضاً فإنه لا يلزم من ذلك استبراء، قالوا: وكذلك لو كان النكاح فاسداً لصداقه.

والأُمَّةُ فِي النَّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ كَذَلِكَ، وَفِي الزَّنى وَالِاشْتِبَاهِ كَذَلِكَ.

هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها: وفي الزنا والاشتباه حيضة، يعني أن الأمة الزوجة حكمها حكم الزوجة الحرة في هذه الأحكام إلا في القدر الذي تعتد به فإنها تعتد بحيضتين وتستبرئ في الزنا والاشتباه، يريد: ومن غيبة الغاصب والسابي والمشتري بحيضة واحدة.

ولولا أن المصنف اعتمد على ما اشتهر من عدة الأمة حيضتان لكان قوله: كذلك: يوهم أن عدة الأمة ثلاث حيض، وعلى هذا فيكون التشبيه بذلك راجعاً إلى أصل الوجوب لا إلى قدره.

ووقع: في بعض النسخ: والأمة في النكاح الصحيح والفساد حيضتان، وفي الزنا والاشتباه حيضة، وهي أظهر.

وَتُجْبَرُ الْكِتَابِيَّةُ عَلَى الْعِدَّةِ مِنَ الْمُسْلِمِ فِي طَلَاقِهِ وَمَوْتِهِ كَالْمُسْلِمَةِ .

قوله: (كَالْمُسْلِمَةِ) أي: فتعتد ذات الأقراء بثلاثة قروء، واليائسة والصغيرة بثلاثة أشهر، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشر، هذا هو المشهور، وحكى ابن الجلاب^(١) رواية ثانية بأن الذمية تعتد في الوفاة من المسلم بثلاثة قروء، وخرج على الروایتين ما إذا توفي عنها قبل البناء فعلى المشهور، وتعتد في الوفاة أي المسلم بأربعة أشهر وعشر، وعلى الرواية الثانية لا عدة عليها وإنما أجبرت الكتابية على العدة لحق الزوج، واعلم أنه اختلف في الأقراء الثلاثة في عدة الحرة المسلمة فقال الأبهري: الجميع استبراء ولا تعبد فيها.

وقال أبو بكر القاضي: القرء الأول لاستبراء الرحم والقرءان الأخيران عبادة. واختار ابن يونس^(٢) الأول، ولا يعترض عليه بأنه يكفي في الأمة القرء الواحد لأننا نقول: ذلك كالحدود إنما هي موضوعة على حرمة المحدود من العبيد والأحرار والمحصنين والأبكار.

وقال عبد الحق^(٣): قول أبي بكر هو الصواب.

وخرج بعضهم على قول أبي بكر قولاً بأن الذمية تكتفي بقرء واحد في الوفاة والطلاق

(١) «التفريع» (١١٧/٢).

(٢) «الجامع» (٤ / ٤٧١).

(٣) «النكت والفروق» (٢٥٥/١).

بناء على أن الكفار غير مخاطبين بالأحكام، ولهذا روى أبو زيد عن ابن القاسم في النصرانية يموت عنها زوجها الذمي فيتزوجها المسلم بعد حيضة أنه لا يفسخ نكاحها.

وَيَتَزَوَّجُهَا الْمُسْلِمُ بَعْدَ مَوْتِ الذَّمِّيِّ بَعْدَ ثَلَاثَةِ قُرُوءٍ كَطَّلَاقِهِ .

يعني: وقد دخل بها الذمي لمقابلته ذلك بقوله:

فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ تَزَوَّجَهَا مَكَانَهَا فِيهَا .

أي: في موت الذمي وطلاقه، ولما لك في العتبية أنه يكتفي بحيضة واحدة من طلاق الذمي.

أَقْسَامُهَا مُعْتَادَةٌ، وَمُرْتَابَةٌ بِتَأْخِيرِ الْحَيْضِ، وَصَغِيرَةٌ، وَيَأْسَةٌ، وَحَامِلٌ، وَمُرْتَابَةٌ بِالْحَمْلِ .

الضمير في (أَقْسَامُهَا) عائد على العدة، ف (مُعْتَادَةٌ) فيه حذف مضاف، أي: عدة معتادة، ويحتمل عوده على المعتدات، ويترجح الأول بأن لو أراد الثاني لقال: أقسامهن، في الإفصح، وحصرها فيما ذكره استقراء، ثم أخذ المصنف يتكلم على كل قسم فقال:

فَالْمُعْتَادَةُ: ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ لِلْحَرَّةِ، وَقُرْءَانٍ لِلْأَمَةِ .

ما ذكره في الحرة هو نص الآية الكريمة، ولا فرق بين أن يكون زوجها حراً أو عبداً على المعروف، وقيل: إن العدة تشطر بكون أحد الزوجين رقيقاً، وما ذكره في الأمة متفق عليه عندنا، ويعضده ما رواه أبو داود وغيره أنه عليه الصلاة والسلام قال: « طلاق الأمة طلقتان، وعدتها حيضتان »^(١) لكنه ضعيف عند أهل الحديث، قيل: والصحيح أنه من كلام أبي عمران.

وَالْأَقْرَاءُ الْأَطْهَارُ، وَجَاءَ لَفْظُ الْحَيْضِ مَوْضِعَهُ كَثِيرًا عَلَى التَّسَامُحِ .

قال بقولنا الشافعي، وهو قول عائشة، وزيد بن ثابت، وابن عمر، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله، وأبي بكر بن عبد الرحمن، وسليمان بن يسار، وابن شهاب، وأبان بن عثمان وأبي ثور.

وقال أبو حنيفة: الأقراء هي الحيض، وهو مروى عن أبي بكر وعمر وعلى وابن مسعود وأبي موسى وغيرهم، وضعف أحمد أسانيد ما روي عن عمر وعلى وابن مسعود.

(١) أخرجه أبو داود (٢١٨٩)، والترمذي (١١٨٢)، وابن ماجه (٢٠٨٠)، والدارمي

(٢٢٩٤)، والحاكم (٢٨٢٢)، والدارقطني (٣٩/٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٤٩٤٦)

من حديث عائشة رضي الله عنها، وضعفه الألباني - رحمه الله - .

وبالجملية فكل من القولين مروى عن جماعة من الصحابة والتابعين، ولولا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] مع حديث ابن عمر في طلاق الحائض لكان مذهب أبي حنيفة أظهر؛ لأن المقصود من العدة إنما هو العلم أو الظن ببراءة الرحم، والدال على ذلك إنما هو الحيض، وأما الطهر فيوجد مع الحمل.

قوله: (وَجَاءَ لَفْظُ الْحَيْضِ) أي: أنهم قد يطلقون لفظ الحيض موضع الطهر كثيراً على التسامح.

ابن عبد السلام: وما ذكره المصنف هو مذهب المحققين، وذهب بعض الشيوخ إلى حمل هذه الإطلاقات على ظاهرها فنقل عن المذهب قولاً كمذهب أبي حنيفة وهو بعيد لأن هذه المسامحة جرت على لسان من علم أنه لا ينصر إلا قول مالك.

وَطَهَرُ الطَّلَاقِ تَعْتَدُ بِهِ وَلَوْ لَحْظَةً.

لا خلاف في هذا عندنا وليس كمذهب أبي حنيفة في التي تطلق في الحيض فإنها لا تعتد بذلك الحيض عنده وإن قال: القراء هو الحيض.

فَتَحِلُّ بِأَوَّلِ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَيَنْبَغِي أَلَّا تَعَجَلَ إِذْ قَدْ يَنْقَطِعُ عَاجِلاً فَلَا تَعْتَدُ بِهِ...

أتى بالفاء لأن هذا مرتب على ما قبله وأيضاً فلما قدم أن الطهر الأول تعتد به ولو لحظة خشي أن يتوهم منه أن الجزء الأول من الطهر الأخير يقوم مقام جميع الطهر فتحل ببعضه فبين ذلك وأنها لا تحل إلا بجميعه.

ومقابل المشهور رواه ابن وهب عن مالك: أنها لا تبين إذا رأت الدم حتى يعلم أنها حيضة تامة.

وخرج ابن رشد^(١) على قول ابن الماجشون أن أقل الحيض خمسة أيام أنها لا تحل لغير المطلق حتى تمكثها، وكذلك على القول أن أقله ثلاثة وعلى أنه يوم، وفيه نظر، ألا ترى أن مالكا وابن القاسم يريان الدفعة ونحوها ليست بحيض في هذا الباب مع أنها تبين برؤيتها أول الدم الثالث فلا يبعد أن يسلك ابن الماجشون وغيره هذا المسلك.

ابن رشد^(٢): بناء على تخريجه وعلى قول ابن الماجشون وابن مسلمة: لو انقطع الدم

(١) «المقدمات» (١/٤٩٩).

(٢) «المقدمات» (١/٤٩٩).

فإن عاد بالقرب لفق منه العدة المذكورة، وإن لم يعد إلا بعد البعد كانت تلك الدفعة ونحوها ملغاة لا يعتد بها، وحكم ذلك حكم دم العلة والفساد، وتقضي ما تركت فيه من الصلاة.

عياض: وقول شيخنا: تقضي ما تركت فيه من الصلاة؛ فيه نظر لا يوافق عليه.

وقوله: (وَيَنْبَغِي أَلَا تَعْجَلْ) يعني وإذا قلنا: تحل للأزواج برؤيتها أول الدم الثالث فينبغي ألا تعجل بالتزويج لاحتمال أن ينقطع الدم عنها قبل استبرائها حيضة.

واعلم أن قوله: (وَيَنْبَغِي) هو من كلام أشهب في «المدونة»، والكلام الأول لابن القاسم، كذلك قال الجمهور، واختصر ابن أبي زمنين «المدونة» على أن مجموع الكلام لأشهب، وعلى الأول فاختلف هل كلام أشهب وفاق وهي طريقة المصنف وأكثر الشيوخ، أو اختلاف وإليها ذهب غير واحد وهو مذهب سحنون لقوله: هو خير من رواية ابن القاسم، وهو مثل رواية ابن وهب: أنها لا تحل للأزواج ولا تبين من زوجها حتى يتبين أنها حيضة مستقلة؛ وهو مذهب ابن المواز وابن حبيب.

وعلى هذا فيكون قول أشهب: (وأحب) محمولاً على الوجوب، ويبين ذلك تعليل أشهب بقوله: أنه قد ينقطع عاجلاً، فإنه علة تقتضي الوجوب.

واختلف القائلون بحمل قوله على الخلاف لو انقطع الدم ما الحكم؟ فقال أبو عمران وابن رشد^(١) وغيرهما: لا يضرها ذلك وقد حلت للأزواج برؤيته أولاً.

ورأوا أن مذهب ابن القاسم في مقدار الحيض واحد في باب العبادة والعدة، ومنهم من قال: بل يضرها، وإنما لم يطلب منها ابن القاسم ما طلبه أشهب لأن الأصل عدم انقطاع الدم، وهو أيضاً الغالب فلا يلزمها وجوب ولا استحباب رعياً لمخالفة الأصل والغالب، وإلى هذا ذهب جمهورهم أنه إن لم يتماد بها الدم لا تحسب به حيضة.

فرعان مرتبان على قول الجمهور:

الأول: لو ماتت الزوجة بعد رؤية الدم وقبل التماضي فإنه يحمل أمرها فيه على التماضي ولا يرثها مطلقاً، وإن مات الزوج حينئذ لم ترثه إن تمادى، وإن قالت قبل موته باليوم والشئ القريب: انقطع الدم عني، وكان موته يباثر قولها ذلك ورثته، نقله ابن عبد السلام.

الثاني: عياض: واختلف إذا راجعها زوجها عند انقطاع هذا الدم وعدم تماديه ثم رجع الدم بقرب، هل هي رجعة فاسدة إذ قد ظهر أنها حيضة صحيحة وقعت الرجعة فيها فتبطل وهو الصحيح، وقيل: لا تبطل رجع عن قرب أو بعد.

خليل: وهذا الكلام يدل على أنها لم يعاودها الدم أن الرجعة صحيحة وأن للزوج الرجعة وإن قالت قبل ذلك: رأيت الدم ثم ادعت انقطاعه.

وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا بَعْدَ التَّزْوِيجِ وَلَا قَبْلَهُ فِي ثُبُوتِ الرَّجْعَةِ

ابن رشد: يعني إذا ادعى زوجها أنه ارتجعها قبل انقضاء العدة وأقرت هي بصحة قوله فإن قولها في ذلك غير مقبول.

هذا الذي ظهر لي من قوله، وما كان يحتاج إلى هذا فقد سبق له في الرجعة ما يغني عنه، وقال ابن عبد السلام: يعني إذا فرعنا على المشهور أن لها أن تتزوج ولم تفعل ما استحب لها من التأخير فتزوجت فبعد أن عقد عليها النكاح قالت: انقطع الدم، لم يقبل قولها لأن ذلك إقرار على غيرها وهو الزوج فتتهم على إرادة فسخ نكاحه، وكذلك لو لم تتزوج فتتهم على إنشاء نكاح مع مطلقها من غير صداق ولا ولي فعلى هذا لو دفع إليها المطلق ربع دينار وأحضر الولي لما منعت من ذلك إذ لا موجب للتهمة والله أعلم.

وانظر كلام المؤلف ووفق بينه وبين كلام أشهب في «المدونة» أحب إليّ ألا تنكح حتى تستمر الحيضة؛ لأنها ربما رأت الدم ساعة أو يوماً ثم ينقطع عنها فيعلم أن ذلك ليس بحيضة فإذا رأت المرأة هذا في الحيضة الثالثة فلترجع إلى بيتها والعدة قائمة ولزوجها الرجعة حتى تعود عليها حيضة صحيحة مستقيمة. انتهى كلام ابن عبد السلام.

وفيه نظر؛ لأنها إذا قالت: انقطع عني، قبل التزويج فإما أن تبني على قول أبي عمران وابن رشد أن ابن القاسم يرى أن أقل الحيض لا حد له هنا كما في العبادة أولاً، فإن كان الأول فلا عبرة بكلامها لأنها قد كمل لها حينئذ ثلاث حيض، وإن بنينا على قول الأكثر فيقبل قولها لأنها حينئذ لم تحض ثلاثاً ويكون لزوجها الرجعة، وقد تقدم في الفرع الثاني من كلام القاضي عياض ما يدل على ذلك، وقد صرح غيره بذلك، وعلى هذا فكلام ابن رشد أحسن، والله أعلم.

فَإِنْ طُلِّقَتْ فِي حَيْضٍ أَوْ نَفَاسٍ حَلَّتْ بِأَوَّلِ الرَّابِعَةِ، وَالْأُمَّةُ بِحِسَابِهَا

لأنها لا تعتد بالحیضة التي طلقت فيها وكذلك النفاس؛ فلاجل ذلك لا تحل إلا بالدخول في الحيضة الرابعة.

قوله: (والأمة بحسابها)، أي: فتحل بالدخول في الحيضة الثالثة.

وَإِذَا حَاضَتْ يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ فَفِيهَا يُسَأَلُ النِّسَاءُ أَيْكُونُ هَذَا حَيْضًا أَمْ لَا، وَقَالَ أَيْضًا:
وَلَا تَكُونُ حَيْضَةً أَقَلَّ مِنْ يَوْمَيْنِ، ابْنُ مَسْلَمَةَ: لَا تَكُونُ أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةِ، ابْنُ الْمَاجَشُونِ
وَسَحْنُونُ: لَا تَكُونُ أَقَلَّ مِنْ خَمْسَةِ، وَلِذَلِكَ قَالَ سَحْنُونُ: لَا تَنْقُضِي بِأَقَلِّ مِنْ أَرْبَعِينَ وَقَدْ
تَقَدَّمَ الطُّهْرُ فِي الْحَيْضِ...

قد تقدم أن أبا عمران وابن رشد تأولا على «المدونة»: أنه لا حد لأقل الحيض هنا كالعبادات وأن أكثرهم خالفهما هنا في ذلك، ونص المازري على أن المشهور عن مالك نفي التحديد وإسناد الحكم إلى ما يقوله النساء: إنه حيض، ونص أشهب في «المدونة»^(١) أن اليوم لا يكون هنا حيضاً، وحكى الخطابي عن مالك أنه لا تكون الحيضة هنا أقل من يوم، وكل من قال بالتحديد بيوم أو يومين أو ثلاثة أو خمسة فإنما قال ذلك لعادة جرت عنده، وصرح المصنف عن سحنون أنه يقول: إن أقل الحيض خمسة، وإنما يحكيه غيره استقراء من قوله: إنها لا تنقضي بأقل من أربعين، أي: بناء على أن أقل الحيض خمسة، وعلى المشهور أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً، وذلك أنه يقدر كون الطلاق وقع آخر لحظة من الطهر فهذا قرء ثم حاضت بعد خمسة أيام ثم طهرت خمسة عشر يوماً ثم حاضت خمسة ثم طهرت خمسة عشر يوماً ثم دخلت في الدم الثالث وذلك أربعون، ولو بنى على قوله أن أقل الطهر ثمانية لانقضت ستة وعشرين.

قوله: (وَقَدْ تَقَدَّمَ الطُّهْرُ فِي الْحَيْضِ) فيه حذف خطابين تقديرهما: تقدم مقدار الطهر في كتاب الحيض، وحاصل كلام المصنف أن الطهر في البابين سواء، وإنما يختلف البابين في مقدار الحيض.

وَالْمُرْتَابَةُ بِغَيْرِ سَبَبٍ مُعْتَادٍ - حُرَّةٌ أَوْ أَمَةٌ - تَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ اسْتِبْرَاءً ثُمَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ
عِدَّةً فَتَحُلُّ عَقَبَ السَّنَةِ، كَمَا قَضَى عُمَرُ، وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ: عِدَّةُ الطَّلَاقِ بَعْدَ الرِّبَّةِ، وَعِدَّةُ
الْوَفَاةِ قَبْلَ الرِّبَّةِ .

لما انقضى كلامه على المعتادة أخذ يتكلم على المرتابة بتأخير الحيض .

وقوله: (بِغَيْرِ سَبَبٍ مُعْتَادٍ) احترز بذلك مما لو تأخر حيضها لسبب معتاد وسيأتي،
وسوى المصنف بين الحرَّة والأمة في التربص تسعة أشهر، وهي زمان الحمل غالباً، فإذا لم
يظهر بها حمل ولا رأت ما حصل الظن أنها ليست بحامل وأنها لا ترى دماً فقام ذلك مقام
الإياس من كونها من أهل الأقراء فتعتد حيثئذ كعدة الآيسة ثلاثة أشهر مضافة إلى التسعة
ولا تدخل فيها، وهو معنى قوله: (فَتَحُلُّ عَقَبَ السَّنَةِ) ثم أشار إلى دليل هذا الحكم
بقوله: (كَمَا قَضَى عُمَرُ) وبه قال ابن عباس، ولا يُعلم لهما مخالف، وهذا هو المشهور .

وذكر في «الكافي»^(١) قولاً آخر: أن المرتابة لا تخرج من عدتها حتى تستوفي بقيتها
وترفع الرية، وقال أشهب: تعتد الأمة بأحد عشر شهراً تسعة استبراء وشهران للعدة، وهو
الظاهر لأن الثلاثة أشهر إنما لم تشطر في حق الأمة لأجل أن الحمل لا يظهر في أقل منها
وها هنا قد حصل قبلها تسعة أشهر .

وقوله: (وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ... إلخ) إنما كانت عدة الطلاق بعد الرية قبلها لأن المطلقة
تطلب أولاً بالأقراء فإذا مضت لها تسعة أشهر ولم تر شيئاً علمت أن عدتها بالأشهر،
والتوفى عنها تعتد بالأشهر فإذا انقضت عدتها ولم تر حيضاً وهي ممن تحيض في ذلك
القدر حصلت الرية فأمرت أن تنتظر حمل النساء غالباً - وهو تسعة أشهر لتزول الرية .

فَإِنْ حَاضَتْ فِي السَّنَةِ وَلَوْ آخِرَهَا انْتَبَرَتْ الثَّانِيَةَ كَذَلِكَ ثُمَّ الثَّالِثَةَ .

يعني: إذا قلنا تربص سنة فإن جاءتها الحيضة ولو في آخر السنة انتقلت إلى الحيض؛
لأن الحيض يدل على الأقراء فإذا ظهر الأصل قبل ترتب البدل وجب إلغاء البدل كما في
سائر الأصول، أما لو رأت الدم بعد السنة ولو بقليل لم يكن له أثر لأن المرأة قد حلت
للأزواج بانقضاء السنة، فكان ذلك بمنزلة ما لو طرأ الماء على المتيمم وهو في الصلاة، وما
ذكر المصنف من انتظار الثانية والثالثة كذلك هو المشهور .

(١) «الكافي» (ص/٢٩٣) .

وقال ابن نافع: إن حاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها أو كانت ممن تحيض فإنها تنتظر أقصى الحمل خمس سنين، وإن كانت ممن يئس مثلها من الحيض اعتدت بالسنة تسعة أشهر ثم ثلاثة.

سحنون: وأصحابنا لا يفرقون بينهما والعدة فيهما بالسنة.

الشيخ أبو محمد: يعني سحنون فيمن يحتمل أن تحيض، وأما من لم تحتمل ذلك فعدتها ثلاثة أشهر.

فَإِنْ احْتَاجَتْ إِلَى عِدَّةٍ أُخْرَى قَبْلَ الْحَيْضِ فَقِي الْاِكْتِفَاءُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ قَوْلَانِ .

يعني: إذا تمت عدتها بالسنة ثم احتاجت إلى عدة أخرى إما بأن تزوجت غير زوجها ودخل بها ثم طلقها، وإما أن يكون زوجها قد ارتجعها ثم طلقها فروى محمد عن مالك وأصحابه أن عدتها ثلاثة أشهر حرة كانت أو أمة؛ لأنها لما اعتدت بالشهور صار لها حكم اليائسة والقول بأنها لا تكفي بثلاثة أشهر وتنتظر السنة لم أره معزوا.

وَتَكْفِي فِي الْأَمَةِ الْمُشْتَرَاةِ فِي الْعِدَّةِ بَعْدَ مَضِيِّ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ بِاتِّفَاقٍ .

قال في «المدونة»^(١): وإن اشترى معتدة من طلاق وهي ممن يحيض فارتفعت حيضتها فإذا مضت سنة من يوم الطلاق وليوم الشراء ثلاثة أشهر فأكثر حلت، وعلى هذا ففاعل (تَكْفِي) ضمير عائد على السنة، ويكون كلامه مقيداً بما إذا بقي من السنة من يوم الشراء ثلاثة أكثر، ويحتمل أن يكون ضمير (تَكْفِي) عائد على الثلاثة أشهر المتقدمة في قوله: (فَقِي الْاِكْتِفَاءُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ قَوْلَانِ) وذكر عن القاسي في معتدة من طلاق اشترت فرفعتها حيضتها أنها لا توطأ إلا بعد سنة ولو قال القوابل بعد ثلاثة أشهر وقبل سنة، لا حمل بها؛ فلا توطأ إلا بعد حيضتين أو سنة لا حيض فيها.

قال: وليست كالمعتدة من الوفاة هذه إن قال القوابل: بعد ثلاثة أشهر وقبل تسعة لا حمل بها؛ حلّ لمشتريها وطؤها؛ لأن العدة من الوفاة قد انقضت بمضي شهرين وخمس ليال والتربص لزوال الرية فمتى زالت حلت، والمطلقة عدتها بعد التسعة أشهر، وفي «المدونة»^(٢) أيضاً: من اشترى معتدة من وفاة زوج فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليال

(٢) «المدونة» (٥/٤٢٧) .

(١) «المدونة» (٥/٤٢٧) .

لم يطأها حتى تتم عدتها، فإن انقضت عدتها أجزأتها من العدة والاستبراء، وإن انقضت ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر وحست من نفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء، فإن زالت الرية قبلها حلت وإن ارتابت بعدها بحس البطن لم توطأ حتى تذهب الرية.

وأُتيتُ بالكلام في المشترة في عدة الوفاة استطراداً لأن كلام المصنف لا يتناولها، إذ هو الآن إنما يتكلم في عدة المطلقة.

وَبَسَبِّ مُعْتَادِ كَمَنْ اعْتَادَتْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ سَنَةٍ فِي انْتِظَارِهَا لاعتبار الأقرء قولان، وعلى انتظارها تحل بانتفائها

هذا قسيم قوله: (والمرتابة بغير سبب معتاد) أي والمرتابة بسبب معتاد، وجعل المصنف الأسباب أربعة:

الأول: إذا كانت عاداتها أنها لا تحيض إلا في كل سنة أو نحو ذلك.

والثاني: الرضاع.

والثالث: المرض.

والرابع: الاستحاضة.

واقصر في «الجواهر»^(١) على الثلاثة الأخر، وهو أحسن؛ لأن في إدخال من تأخر حيضها بسبب العادة تحت المرتابة تسامحاً، والقول بانتظارها الأقرء لمحمد، وهو الذي حكاه اللخمي وغيره.

ابن عبد السلام: وهو الظاهر.

ابن راشد: وهو الصحيح عملاً بعموم الآية؛ لأن عمدة المذهب في التبرص سنة إنما هو قضاء عمر، وهو إنما كان فيمن رفعتها حيضتها.

ابن راشد: وقيل: تحل بانقضاء السنة، وقال ابن عبد السلام: لا أتحقق وجود هذا القول في المذهب، ويمكن أن يريد المصنف أنها تحل بثلاثة أشهر، لكن هذا القول إنما نقله

(١) «الجواهر» (٢/ ٢٦٧).

أشهب عن طاوس: ووجهه: أنه حمل الآية في الأقراء الثلاثة على الغالب من حصول الطهر والحيض في شهر.

وعلى الانتظار فقال محمد: إن لم تحض عند مجيئها حلت وإن حاضت من الغد، وهذا معنى قوله: (وَعَلَىٰ اُنْتَظَارِهَا تَحِلُّ بِاُنْتِفَائِهَا) وكذلك في الحيضة الثانية والثالثة؛ واستشكله اللخمي فقال: وليس هذا أصل المذهب، ألا تحتسب بالحيض إذا جاء من الغد؛ لأن الحيض يتقدم ويتأخر.

ثم تكلم المصنف على الرضاع فقال:

وَالْمَرْضِعَةُ تَرْبِصُ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ لَا بِالسَّنَةِ اتِّفَاقًا، فَإِذَا انْقَطَعَ الرِّضَاعُ تَرْبِصَتْ حِينَئِذٍ كَالْأُولَى...

ما حكاه من الاتفاق حكاه محمد فقال: لم يختلف قول مالك وأصحابه في عدة المرضع أنها لا تعدد بالسنة وعليها أن تنتظر الحيض أبداً ما دامت ترضع حتى ينقطع عنها الرضاع فتستقبل ثلاث حيض، فإن لم تحض حتى أتت عليها سنة من يوم قطعت الرضاع حلت.

وهذا معنى قول المصنف: (فَإِذَا انْقَطَعَ الرِّضَاعُ تَرْبِصَتْ حِينَئِذٍ كَالْأُولَى) وعلل محمد انتظارها للأقراء بأننا عرفنا أن الرضاع هو الذي رفع عنها الحيض فكانت عدتها بالأقراء كما قال الله تعالى، أي فلم تدخل تحت اليائسات.

وَلِلزَّوْجِ اِنْتِزَاعُ وَلَدِهِ فِرَاراً مِنْ أَنْ تَرْتَهُ أَوْ لِيَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا أَوْ أَرْبَعَةً فِي طَلَاقٍ يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةُ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْوَلَدِ...

هكذا قال مالك ومحمد، وهو مشروط بأن لا يضر بالولد كما إذا علق بأمه ولم يقبل غيرها.

مالك في «العتبية»^(١): وكذلك وهي إذا طلبت طرده فلها طرده إذا قبل ثدي غيرها وكان للأب مال، وإنما قال المصنف: (فِي طَلَاقٍ يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةُ) لأنه لو كان طلاقاً بائناً لم يحتاج إلى انتزاع الولد لأنها حينئذ لا ترثه وله أن يتزوج أختها أو رابعة، ثم تكلم المصنف على المرض فقال:

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٦٤).

وَالْمَرِيضَةُ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَالْمُرْتَابَةِ بِغَيْرِ سَبَبٍ، وَقَالَ أَشْهَبُ: كَالْمُرْضِعِ

قوله: (كَالْمُرْتَابَةِ بِغَيْرِ سَبَبٍ) أي: تتربص سنة، ورأى أشهب: أن المرض يذهب الدم فكان كالرضاع، وفرق ابن القاسم بينهما: بأن المرضعة قادرة على إزالة ذلك السبب فكانت قادرة على الأقراء بخلاف المريضة فإنها لا تقدر على رفع ذلك السبب فأشبهت اليائسة، وقول ابن القاسم مروى عن مالك، وبه قال أصبغ وابن عبد الحكم، واختار ابن المواز قول أشهب ثم تكلم المصنف على السبب الرابع وهو الاستحاضة فقال:

وَأَمَّا الْمُسْتَحَاضَةُ فَإِنْ كَانَتْ مُمَيَّزَةً بَيْنَ الدَّمَيْنِ فَرَوَايَتَانِ، ابْنُ الْقَاسِمِ: يُعْتَبَرُ الْحَيْضُ الْمُمَيَّزُ، ابْنُ وَهْبٍ: كَالْمُرْتَابَةِ، وَغَيْرُ الْمُمَيَّزَةِ كَالْمُرْتَابَةِ...

حاصله أن المستحاضة على ضربين: إن كانت غير مميزة فهي كالمرتابة باتفاق فعدتها سنة، وإن ميزت فروايتان، واختار ابن القاسم أنها تعمل على المميز الذي لا شك فيه وهو المشهور، واختار ابن وهب أن تعتد بالسنة كالأولى وتميزه برائحته ولونه، وقال ابن المواز بكثرته أي أن دم الحيض كثير ودم الاستحاضة قليل، والأمة في ذلك كالخرة.

تنبيه:

الباجي^(١): انتظارها سنة ظاهر في تقديم الاستحاضة وأما في تأخيرها ففيه نظر، وذلك أن الاستحاضة لا تكون إلا بعد حيض، فإذا وجد الحيض بطل حكم الرية بارتفاع الحيضة واعتدت بالأقراء، فلا يجوز أن يضاف ما بعد الحيض والاستحاضة إلى ما قبله، وقاله ابن القاسم: تستأنف المستحاضة التي ينقطع عنها الدم سنة من يوم انقطعت الاستحاضة، ووجهه أن الاستحاضة ليست من جنس انقطاع الدم فلا تلفق.

وقال بعضهم: إذا قلنا تبني على أيام الاستحاضة فاختلف إذا لم تعلم أول الدم هل كان حيضاً أو استحاضة؟ فقل: محمله على الاستحاضة وتكون السنة من يوم الطلاق.

محمد: والقياس أن تكون السنة من بعد قدر حيضة والاستطهار.

وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ وَالْيَائِسَةُ حُرَّةٌ أَوْ أَمَةٌ فَلثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ بِالْأَهْلِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] أي

كذلك، وقوله: (حُرَّةٌ أَوْ أُمَّةٌ) هو المشهور، ووجهه أن الحمل لا يظهر في أقل من ثلاثة أشهر، وحكى ابن بشير قولين آخرين: شهر ونصف والثاني: شهران وقوله تعالى: ﴿إِنْ ارْتَبْتُمْ﴾ أي فلم تدروا ما عدتهن، هكذا فسرهُ مالك في «العتبية».

وقال ابن بكير والقاضي إسماعيل: إن ارتبتم في معاودة الحيض، قالوا: ولو كانت ربية ماضية في الحكم لكان حقها أن ارتبتم بفتح الألف من إن قال: واليائس في كلام العرب إنما هو فيما لم ينقطع فيه الرجاء، يقال: يئست من الحيض لشدة مرضه ومن الغائب لبعده غيبته، ولا يقال: يئست من الميت الذي قد انقطع منه الرجاء.

قال اللخمي: والأول أحسن لقوله: ﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ﴾ ولا يجتمع الإيأس والشك. وقال بعض المفسرين المعنى: إن ارتبتم هل الدم الذي ظهر من المرأة استحاضة أو حيض معهود أو كبر؟ وقال بعضهم: إنه متصل بأول السورة، والمعنى لا تخرجوهن من بيوتهن إن ارتبتم في انقضاء العدة، قيل: وهو الأصح في معنى الآية، وقوله: (بِالْأَهْلَةِ) ظاهر.

فَإِنْ انْكَسَرَ الْأَوَّلُ ثُمَّ الْمُنْكَسَرُ ثَلَاثِينَ مِنَ الرَّابِعِ، وَقِيلَ: ثُمَّ الثَّلَاثَةُ

أي: فإن انكسر الشهر الأول بأن طلقها في أثناء شهر، وما قدمه المصنف هو في «المدونة» على بعض الروايات، لكن صرح عياض وغيره بأن ذلك إنما هو عن ابن شهاب وربيعة المتيطي عن بعض القرويين: وقولهما مخالف لقول مالك.

وقال أبو عمران: لعل ربيعة يريد إذا لم تر الأهلة مثل أن يغم الهلال، وهو أحسن من الخلاف، والقول الثاني هو مذهب المدنة، ونص عليه في كتاب أكرية الدور، وصرح بعضهم بمشهوريته، وهو الذي يأتي على ما ذكره المصنف في الظهار بقوله: فإن انكسر الأول تم المنكسر ثلاثين من الثالث، وهو الظاهر؛ لأن المطلوب ما يصدق عليه ثلاثة أشهر، وذلك حاصل بهذا القدر، ووقع في بعض النسخ تقديم هذا القول وهي أحسن.

قَالَ مَالِكٌ: وَتُلْغِي الْيَوْمَ الْأَوَّلَ، بَعْدَ أَنْ قَالَ: تَحْتَسِبُ بِهِ إِلَى وَقْتِهِ.

أي: إذا طلقت في بعض يوم - وعلى قوله الأول - أنها تحتسب به إلى وقته فتحل في تلك الساعة.

قال في «البيان» ^(١): ووجهه أنها تجب عليها بإجماع أن تبديء العدة من تلك الساعة ولتجنب الطيب والزينة من حيث إن كانت عدة وفاة فيجب أن تحل في تلك الساعة، قال: ووجه الثاني أن السنة والشهر واليوم لما كان أول كل واحد منها غروب الشمس عند العرب والعجم وجب إلغاء بعض اليوم.

وعلى الثاني: لو تزوجت بعد الوقت الذي هلك فيه زوجها وقبل غروب الشمس لفسخ النكاح، وقال ابن القاسم: لا يفسخ، وهو قول ثالث وهو استحسان مراعاة للخلاف.

فَإِنْ رَأَتْ الدَّمَ قَبْلَ تَمَامِهَا عَادَتْ إِلَى الْأَقْرَاءِ .

يعني: فإن رأت الصغيرة الدم قبل تمام الأشهر فإنها تلغي ما قدم وتعتد بالأقراء ولو كان ذلك في آخر يوم من الأشهر لأنها إنما اعتدت بالأشهر لتعذر الحيض، وإنما خصصنا كلامه هنا بالصغيرة كما قال ابن راشد، ولم نعممه في الصغيرة والكبيرة - كما قال ابن عبد السلام - لأنه سيتكلم في اليائسة.

والعدد بالنسبة إلى الصغيرة مجاز؛ لأنه حقيقة في الرجوع إلى شيء تقدم، ثم كلامه مقيد بما إذا كانت في سن من تحيض، وأما من لم تحض فلا اعتبار به وهو دم علة وفساد كما لو رآته بنت الستة ونحوها، وهذا معنى قوله:

وَمَا تَرَاهُ مَنْ لَا يَحِيضُ مِثْلُهَا لَا اعْتَدَادَ بِهِ .

ثم تكلم على اليائسة فقال:

وَمَا تَرَاهُ الْيَائِسَةُ يُسْأَلُ النِّسَاءُ عَنْهُ فَإِنْ كَانَ حَيْضًا انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ ثُمَّ تَكُونُ بَعْدَهُ كَالْمُرْتَابَةِ بَعْدَ حَيْضَةٍ ...

أي: إذا قال النساء: إنه حيض فليست بيائسة، وإنا معنى الكلام وما تراه من شك في كونها يائسة فإن قلن: إنه حيض انتقلت إليه. قال في «المدونة» ^(٢): وإن قلن: ليس بحيض وكانت في سن من لم تحض من بنات السبعين والثمانين لم يكن ذلك حيضاً وتمازت بالأشهر.

(١) «البيان والتحصيل» (٥ / ٣٥٧) .

(٢) «تهذيب المدونة» (١ / ٤٢٦) .

ونص في «المقدمات» ^(١) في كتاب الطهارة على أنه إذا شك في هذا الدم أنه يحكم له بحكم الحيض حتى يظهر.

وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ، وَإِنْ بَلَغَتِ الثَّلَاثِينَ كَالصَّغِيرَةِ .

يريد: وأكثر من الثلاثين، وقد صرح في أصل «المدونة» بأن الأربعين كذلك، قال علماؤنا: وأما لو حاضت مرة في عمرها ثم انقطع عنها سنين كثيرة لمرض أو غيره، وقد ولدت أو لم تلد ثم طلقت فإن عدتها بالأقراء ما لم تبلغ سن من لم تحض، فإن أتمتها الأقراء وإلا تربصت سنة كما تقدم.

وَالْحَامِلُ تَحِلُّ بَوْضِعِ جَمِيعِ حَمْلِهَا لَا بِأَحَدِ التَّوَامَيْنِ، وَلِذَلِكَ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ قَبْلَ وَضْعِ الثَّانِي، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْكَامِلِ وَالْعَلَقَةِ كَالْاِسْتِيلَادِ...

لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وذلك يتناول جميع الحمل، فلذلك فلا تحل إلا بوضع الثاني، فإذا لم تحل كان للزوج الرجعة، ولفظ الحمل يتناول الكامل والعلقة، ونص في «المدونة» ^(٢) في إرخاء الستور على أنها تحل بالمضغة والعلقة وتكون بها أم ولد، ونص في الاستبراء على أن الدم المجتمع كذلك، وقال أشهب: لا تحل بالدم المطلقة ولا تكون به الأمة أم ولد، قيل: وعلاصة هذا الدم عند ابن القاسم أن يصب عليه الماء فلا يذوب.

ابن عبد السلام: وما تقدم من أنها تحل بالدم عند ابن القاسم ولا تحل به عند أشهب هو المعلوم من المذهب، وعكسه عياض في بعض توأيفه.

وَالْمُرْتَابَةُ بِحَسِّ الْبَطْنِ لَا تُنْكَحُ إِلَّا بَعْدَ أَقْصَى أَمَدِ الْوَضْعِ، وَهُوَ خَمْسَةُ أَغْوَامٍ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَرُويَ أَرْبَعَةٌ، وَسَبْعَةٌ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا تَحِلُّ أَبَدًا حَتَّى يَتَبَيَّنَ...

ما ذكره المصنف أنه المشهور كذلك قال ابن شاس ^(٣) وغيره، وهو قوله في كتاب العدة من «المدونة»، والقول بالأربع هو أيضاً لما لك في كتاب العتق من «المدونة».

(١) «المقدمات» (١/ ٦٦).

(٢) «المدونة» (٦/ ١٢٩).

(٣) «الجواهر» (٢/ ٢٦٧).

عبد الوهاب : وهي الرواية المشهورة .

قال ابن الجلاب^(١) : هو الصحيح ، وروى أشهب عنه : أنه أقصاه سبعة أعوام ، وقال أشهب : لا تحل أبداً حتى يتبين براءتها من الحمل . قال : وأرى أن المرأة تلد أبداً إذا كانت ترى الدم حتى يذهب عنها ثم تستقبل تسعة أشهر .

وهذا يصحح النسخة التي ذكرناها وهي قوله : حتى يتبين ، لا ما وقع في بعض النسخ : حتى يتأيس ، من الإياس لأنه لا يلزم من بلوغها سن الإياس أن لا يكون في بطنها حمل متقدم وإنما يمنع الإياس ابتداء الحمل ، ويمكن أن يكون المعنى : حتى تأيس من الحمل ، فيتفق معنى هذه والأولى ، وما جاء هذا الإشكال إلا من فهم الإياس من الحيض ، ونقل الجوهري في إجماعه عن محمد بن الحكم أن أكثره تسعة أشهر .

ابن عبد السلام : ولا أعلم له موافقاً كما لا أعلم له موجهاً ؛ لأن العيان يقتضي خلافه بما لا يشك فيه ولعله لم يصح عنه .

وروي عن مالك : أنه لا تحد في ذلك بل يلحق الولد بما يقول النساء أنه يلحق به . وهو أظهر ، وسيأتي هذا القول من كلام المصنف .

وَالنِّسَاءُ كُلُّهُنَّ فِيهِ سَوَاءٌ

أي : فيما تقدم ، وهو أكثر مدة الحمل ، ولعله إنما ذكر هذا إشارة إلى دفع ما يقال : إنه وجد من بني فلان من لا تلد إلى كذا ، وفي بني فلان من لا تلد إلى كذا .

وَلَوْ أَتَتْ بَعْدَ الْعِدَّةِ بَوْلْدَ لِدُونَ أَقْصَى الْحَمَلِ لَحَقَّ بِهِ إِلَّا أَنْ يَنْفِيَهُ بِاللَّعَانِ ، وَلَا يَضُرُّهَا إِقْرَارُهَا بَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِأَنَّ الْحَامِلَ تَحِيضٌ...

يعني : أن المرأة المطلقة - وفي معناها : المتوفى عنها - إذ أتت بعد انقضاء العدة بولد فإنه يلحق به إذا أتت به لما يلحق فيه الولد ، ولا ينتفي عنه إلا بلعان ؛ لأن الولد للفراس ، وكلام المصنف ظاهر التصور وهو مقيد بما إذا لم تتزوج غير هذا الزوج أو تزوجت غيره وأتت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثاني ، وحيثئذ ينفسخ نكاح الثاني ؛ لأنه نكاح في عدة وترجع إلى الأول ، وأما إن أتت به لستة أشهر فأكثر فهو لاحق بالثاني قطعاً .

وَفِيهَا: لَوْ تَزَوَّجْتَ قَبْلَ خَمْسِ سِنِينَ بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَأَتَتْ بِوَلَدٍ لَخَمْسَةُ أَشْهُرٍ لَمْ يَلْحَقْ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَحُدَّتْ، وَاسْتَضَعَفَهُ بَعْضُهُمْ وَقَالَ: كَأَنَّ تَحْدِيدَ خَمْسِ سِنِينَ فَرَضٌ...

إنما لم يلحق بالأول للزيادة على خمس سنين ولم يلحق بالثاني لنقصانه عن أقل حمل، إذا لم يلحق بواحد منهما فتحد قطعاً، والمستضعف لهذا هو القابسي.

ابن يونس: وكان يستعظم أن ينفي الولد من الزوج الأول، وتبعه على ذلك اللخمي، وهو استضعاف ظاهر، ولظهوره عقب المصنف ذلك بقوله: وَكَانَ مَالِكٌ يَقُولُ: إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِمَا يُشْبِهُ لَزِمَ.

وإلا فكان الأليق بالمصنف أن يقدم لهذا القول لما ذكر الخلاف، والله أعلم. وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ طَلَّقَ أَمْرَهُ فِي سَفَرٍ أَوْ غَيْرِهِ وَلَا بَيِّنَةٌ اسْتَأْنَفَتِ الْعِدَّةَ مِنْ يَوْمِ إِقْرَارِهِ وَوَرَثَتْهُ، فِيهَا فِي الرَّجْعِيِّ وَلَا يَرِثُهَا وَلَا رَجْعَةٌ لَهُ إِنْ انْقَضَى قَدْرُ الْعِدَّةِ مِنْ يَوْمِ طَلَاقِ إِقْرَارِهِ، فَإِنْ كَانَتْ بَيِّنَةٌ فَالْعِدَّةُ مِنْ يَوْمِ طَلَقَ...

صورة المسألة من كلامه ظاهرة وإنما استأنفت العدة من يوم أقر لأن العدة حق لله تعالى فلا يصدق في إسقاطها ولذلك ورثته في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة، وإنما لم يرثها ولم تكن له رجعة إذا انقضت العدة من يوم طلاق إقراره لأنه أقر أنها حينئذ أجنبية فالشرط في قوله: (إِنْ انْقَضَى) راجع إلى مسألتى الميراث والارتجاع معاً، قال في «المدونة»^(١): وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَتَاتًا لَمْ يَتَوَارَثَا بِحَالٍ.

أبو الحسن: وانظر لو قال الزوج: إنما أقررت بذلك لإسقاط النفقة والسكنى، هل يصدق، وتكون له الرجعة كما صدقوا المرأة إذا ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً ولم تصدق عليه ثم خالعه وأرادت نكاحه وقالت: إنما أقررت بذلك لإسقاط النفقة والسكنى لا تخلص منه أن ذلك لها وكما صدقوها إذا طلقت وادعت أنها حامل ثم تقول: لم يكن بي حمل وإنما قلت ذلك ليراجعني زوجي.

وقوله: (وَإِنْ كَانَتْ بَيِّنَةٌ) أي: تشهد بما أقر به فالعدة من يوم شهدت البينة؛ لأن قيام البينة يقطع كل تهمة.

قال في «التهذيب»^(٢): وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِمَا أَنْفَقَتْهُ مِنْ مَالِهِ بَعْدَ طَلَاقِهِ قَبْلَ عِلْمِهَا

(٢) «تهذيب المدونة» (١/٤٢٧).

(١) «المدونة» (٤/١٨٣).

لأنه فرط ، زاد في أصل «المدونة»: بخلاف المتوفى عنها تنفق من مال زوجها بعد موته فللورثة الرجوع عليها .

مالك في «العتبية»^(١) : وترجع أيضاً بما تسلفت في الطلاق، وقال ابن نافع : لا ترجع بما تسلفت بخلاف ما أنفقت .

ابن المواز : ولو قدم عليها رجل واحد يشهد بطلاقها فأعلمها أو رجل وامرأتان فليس ذلك بشيء حتى يشهد عندها من يحكم به السلطان في الطلاق .

وَزَوْجَةُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا - صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا ، بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ غَيْرِ الْحَامِلِ مِنْهُ - تَعْتَدُ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً ، مُسْلِمَةً أَوْ كَافِرَةً ، مَدْخُولًا بِهَا أَمْ لَا - أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ، فَإِنْ كَانَتْ أُمَةً فَشَهْرَانِ وَخَمْسُ لَيَالٍ .

أي : أن المسلم مطلقاً سواء كان صغيراً أو كبيراً إذا توفي عن زوجته صغيرة كانت أو كبيرة تعتد لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾ الآية [البقرة : ٢٣٤] ، ولم يفرق هنا في الزوج والزوجة بين أن يكونا صغيرين أو لا ؛ لأن الزوج لما كان معدوماً في عدة الوفاة حسم الشرع الباب وأوجب له العدة مطلقاً بخلاف الطلاق فإن الزوج يبحث عن حال المعتدة ويذب عن نفسه ، واحترز بقوله (غَيْرِ الْحَامِلِ) من الحامل فإن عدتها وضع حملها كما سيأتي، وقوله : (فَإِنْ كَانَتْ أُمَةً) يريد : أو فيها بقية رق .

وحكى ابن أبي زيد وابن العطار عن مالك : أنه لا عدة على أمة توفي عنها زوجها قبل البناء وإن كان مثلها يوطأ ، وهي رواية شاذة .

وَتُجَبَّرُ الذِّمِّيَّةُ عَلَى الْعِدَّةِ مِنَ الْمُسْلِمِ ، وَرُويَ فِي الْحُرَّةِ الذِّمِّيَّةِ ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ وَلَا عِدَّةٌ عَلَيْهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ...

أي : العدة المتقدمة وهي أربعة أشهر وعشر ، وجبرت إما لعموم الآية وإما لأنه حق بين مسلم وكافر ، وما هذا شأنه يغلب فيه المسلم ، والرواية أنها تعتد بثلاثة قروء حكاها ابن الجلاب^(٢) وغيره .

(١) «البيان والتحصيل» (٣٧٥/٥) .

(٢) «التفريع» (١١٧/٢) .

وقوله : (وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا قَبْلَ الدُّخُولِ) هكذا وقع في نسختي ولم يقع ذلك في نسخة ابن عبد السلام وابن راشد ، وعلى وقوعها فليست ابتداء مسألة وإنما هي من تمام الرواية الثانية ، ففي «الجواهر»^(١) : وروى الحرة الزممية أنها تُستبرأ بثلاث حيض ، ويشترط في هذه الرواية كونها مدخولاً بها وإلا فلا عدة عليها ، وأما على المشهور فتعتد بأربعة أشهر وعشر ، وهكذا أشار ابن الجلاب وغيره .

تنبيه :

وقع هنا في بعض النسخ ما نصه : (وأما الحرة الزممية يدخل بها الذمي فلا تحل إلا بعد ثلاثة قروء طلق أو مات ، وتحل إن لم يدخل بها لوقتها طلق أو مات) وتصورها واضح .
فَلَوْ عَلِمَ فُسَادُهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ أُلْحِقَتْ بِالْمُطَلَّقاتِ يَوْمَ وَفَاتِهِ .

يعني : أن ما قدمه من أن المتوفى عنها تعتد بأربعة أشهر وعشر إنما هو في النكاح الصحيح ، وأما الفاسد فإنها تلحق بالمطلقات فإن دخل بها استبرئت بثلاث حيض وإن لم يدخل بها فلا شيء عليها لأن الحكم يوجب فسخه ، وتحقيق المذهب أن الفساد إن كان مجمعاً عليه ولم يدخل بها فلا عدة ، وإن دخل بها فعليها الاستبراء خاصة على المشهور ، وقيل : تعتد بأربعة أشهر وعشر ، وإن كان مختلفاً فيه ولم يدخل فمن ورثها قال : عليها العدة ؛ ومن لم يورثها لم ير عليها شيئاً .

وإن كان دخل ففي اعتدادها بالأشهر أو الأقراء قولان ، روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن تزوج في المرض ثم مات : أنها تعتد بأربعة أشهر وعشر ، وقال أيضاً : إنها تعتد بثلاثة أقراء والأول أظهر .

وَقَالَ أَشْهَبُ : لَا بُدَّ مِنْ حَيْضَةٍ أَوْ مَا يَنْوِبُ عَنْهَا فِي الْمُرْتَابَةِ ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ : لَا يُحْتَاجُ إِلَيْهَا ، وَالْمَشْهُورُ : إِنْ تَمَّتْ قَبْلَ عَادَتِهَا فَلَا ، وَيَنْظَرُهَا النِّسَاءُ وَإِلَّا فَتَعَمَّ .

لا خلاف أن المعتدة في الوفاة تحل بمضي الأشهر إذا حاضت في أثنائها ، واختلف إذا لم تحض ، فروى أشهب : لا بد من حيضة كانت أيام طهرها أقل من العدة أو أكثر ، وإن لم تحض فلا بد من تسعة أشهر ، وإلى هذا أشار بقوله : أو ما ينوب عنها في المرتابة ،

وفي قوله : (قَالَ أَشْهَبُ) نظر؛ لأنه يوهم أن أشهب قاله ، والمنقول عنه في «المنتقى»^(١) و«المقدمات»^(٢) وغيرهما كقول ابن الماجشون : لا يحتاج إليها ، وتكفيها أربعة أشهر وعشر لأنه لو كانت الحيضة مشروطة لبَيَّنَتْه الآية ﴿وَمَا كَانَ رُبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: ٦٤] والمشهور تصويره واضح ووجهه بين؛ لأن تأخير الحيض إذا كانت عاداتها أن تحيض قبل مضي مقدار العدة ريبة بخلاف ما إذا كانت عدتها أنها لا تحيض في قدرها ، فإن التأخير هنا لا يوجب ريبة ، ولذلك اتفق على أن المرضع والمريضة تحل بمضي أربعة أشهر وعشر ، قاله ابن بشير؛ لأنها لم يتأخر الحيض عنها لريبة في الحمل وإنما ذلك لما نزل بها ، وعلى المشهور فتكون الآية مخصصة بمن لم تحصل لها ريبة بتأخير الحيض وهو مبني على تخصيص العموم بالمعنى ، وما ذكره المصنف أنه المشهور رواه مطرف عن مالك .

وحاصله : أنها تبرأ بمضي أربعة أشهر وعشر بشرطين : أن تتم العدة قبل مجيء عاداتها ، وأن ينظرها النساء ويقلن لا ريبة بها ، وإلى الشرط الثاني أشار بقوله : وينظرها النساء ، أي إذا تمت العدة قبل عاداتها .

قوله : (وَلَا فَنَعَمْ) أي : وإن قال النساء : بها ريبة ؛ فلا بد من الحيضة أو ما يقوم مقامها ، وهذا الخلاف في المدخول بها .

القاضي أبو محمد : وأما غير المدخول بها فتحل بمضي العدة وإن تأخر حيضها ، وروى ابن المواز وابن سحنون أنها تعتد بأربعة أشهر وعشر إلا أن ترتب بتأخير الحيض فترفع لتسعة أشهر .

وفي الْمُسْتَحَاضَةِ قَوْلَانِ : أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ ، وَتِسْعَةُ أَشْهُرٍ ، وَالتَّفْصِيلُ أَيْضًا فِي الْمُمِيزَةِ...

اقتصر الباجي^(٣) على القول بأنها تعتد بتسعة أشهر ، وحكاه اللخمي وابن بشير وحكيًا أيضًا القول بأنها تعتد بأربعة أشهر وعشر ، واستحسنه اللخمي لعموم الآية .

قال ابن عبد السلام : والقولان لمالك نصا ، وأما الثالث فتخريج ، ومعناه : أنها إن

(١) «المنتقى» (٣٧٢/٥) .

(٢) «المقدمات» (٥٠٥/١) .

(٣) «المنتقى» (٣٧٢/٥) .

كانت غير مميزة تربصت تسعة أشهر وإلا اكتفت بالأربعة أشهر وعشر إن أتمتها فيها حيضة ، كما تقدم .

وَأَمَّا الْأُمَّةُ فَقِيلَ : لَا تَحِلُّ بِمَجْرَدِ مُضِيِّ الْعِدَّةِ اتِّفَاقًا ، وَإِنَّمَا تَحِلُّ بِمَا تَحِلُّ بِهِ الْأُمَّةُ فِي الشِّرَاءِ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ مَعَهَا ، وَقِيلَ : تَحِلُّ الْمَرْضِعُ بِمُضِيِّهَا ، وَفِي «الْعَتَبَةِ» تَحِلُّ مُطْلَقًا...
حاصل ما ذكره طريقان :

أحدهما : أن ما تقدم من الخلاف في اشتراط الحيضة في عدة الوفاة إنما ذلك في عدة الحرة ، وأما الأمة فالاتفاق على أنها لا تحل بمجرد مضيها لقصر أمدها فلا يظهر الحمل فيها .

وقوله : (إِنَّمَا تَحِلُّ... إلخ) ليس بظاهر؛ لأنه لا يؤخذ منه الحكم ، ولا يقال : لعله شبه لإفادة الحكم لأن التشبيه لإفادة الحكم إنما يكون إذا ذكره .

وقد اختلف بما تحل به الأمة المتأخر زمان حيضها في الشراء ، هل بثلاثة أشهر أو تسعة ؟

ومقتضى «المدونة»^(١) : أنها تحل بثلاثة إلا أن ترتاب ، ففيها : ومن اشترى معتدة من وفاة زوج فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليال لم يطأها حتى تتم عدتها ، فإن انقضت أجزأتها عن العدة والاستبراء ، وإن تمت عدتها ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة ، فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر وحست من نفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء ، فإن زالت الريبة قبلها حلت وإن ارتابت بعدها بحس البطن لم توطأ حتى تذهب الريبة .

قيل لابن شاس^(٢) : ما فائدة التسعة وهي لا تبرأ إلا بزوال الريبة ؟

قال : معنى ذلك إذا أحست شيئاً عند الثلاثة وارتفعت إلى التسعة كفتها التسعة إن لم تزد تلك الريبة ، وأنها لا تزيد على التسعة إلا أن تزيد تلك الريبة .

ابن عبد السلام : والمشهور أنها ترفع إلى تسعة أشهر .

خليل : ولعله يريد مع الريبة ليوافق «المدونة» . وقول المصنف : (وإنما تحل بما تحل به الأمة في الشراء) يحتمل أن يريد به على القولين أو على أحدهما ، والأقرب أنه يريد

(١) «تهذيب المدونة» (١/٤٥١) .

(٢) «الجواهر» (٢/٢٥٨) .

القول بالثلاثة الأشهر لأنه الذي في «الجواهر»، وهو مقتضى «المدونة» كما ذكرنا ، وكذلك مذهب «الرسالة»^(١) فإنه نص فيها على أن الأمة التي لا تحيض لصغر أو كبر وقد بني بها فلا تنكح في الوفاة إلا بعد ثلاثة أشهر ، وهذه الطريقة ضعيفة فإن ما حكاه المصنف عن «العتبية» في الطريقة الثانية يبطل الاتفاق .

وقوله : (تَحِلُّ مُطْلَقًا) أي : سواء كان يخشى منها الحمل أو لا ، وحكى غير واحد في هذه المسألة ثلاثة أقوال ، قال ابن القاسم في «العتبية»^(٢) : تحل وإن كانت شابة يخشى منها الحمل ، وفي إحدى الروايتين عن مالك : أنها تكمل ثلاثة أشهر ولا تحل بدونها ، وقال في «الموازية» : إن كانت ممن يخشى منها الحمل فثلاثة أشهر ، وإن كانت صغيرة أو يائسة أو لم يدخل بها فشهران وخمس ليال .

الللخمي : وهو أحسنها ، والقول بأن الموضع تحل بمضيها هو أيضاً لابن القاسم في «العتبية» .

وَالْحَامِلُ بِوَضْعِهَا وَلَوْ لَحِظَةً ، وَلَهَا غُسْلُ زَوْجِهَا وَلَوْ بَعْدَ نِكَاحِهَا .

يعني : والحامل المتوفى عنها تحل بوضعها ولو ولدت بعد موته بلحظة .

(وَلَهَا غُسْلُ زَوْجِهَا) ولو تزوجت غيره ، وهذا مذهب الجمهور ، ورأوا أن قوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٤] مخصص لعموم قوله : ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾ [البقرة : ٢٣٤] ونقل عن علي وابن عباس : إنما تعد بأقصى الأجلين ، وبه قال سحنون .

ودليل الأول : ما في الصحيح أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال وأنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فأمرها أن تتزوج ، وصرح البخاري : الأربعين ليلة ، وفي «الموطأ» : نصف شهر .

الباجي^(٣) : وهذه القضية من آخر ما حكم به النبي ﷺ ؛ لأن سبيعة كانت تحت سعد بن خولة فتوفي عنها في حجة الوداع .

(١) «الرسالة» (ص/ ١٠٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٣٧٦/٥) .

(٣) «المنتقى» (٣٧٣/٥) .

وقوله : (وَلَهَا غُسْلُ زَوْجِهَا وَلَوْ بَعْدَ نِكَاحِهَا) تصوره بين .

ابن الماجشون : وإن ماتت الزوجة وكان قد تزوج أختها فله أن يغسلها، وقال ابن حبيب : أحب إليَّ إذا نكح أختها أن لا يغسلها .

ابن يونس : وعندي إذا ولدت المرأة وتزوجت غيره فأحب إليَّ ألا تغسله، وهو ظاهر، ولا يوجد دليل على جواز نظر المرأة إلى فرج رجلين في وقت واحد .

وَالْمَوْتُ يَنْقُلُ الرَّجْعِيَّةَ حُرَّةً أَوْ أَمَةً إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَقِيلَ : إِلَى أَقْصَى الْأَجَلَيْنِ .

يعني : أن المطلقة الرجعية سواء كانت حرة أو أمة إذا مات زوجها عنها انتقلت إلى عدة الوفاة وتبطل العدة التي كانت فيها لأن المطلقة طلاقاً رجعياً حكمها حكم الزوجة في الإرث والنفقة والسكنى وهذا هو المشهور، وقال سحنون : عليها أقصى الأجلين، ورأى أن الطلاق أوجب عدة والموت أوجب أخرى فلا يبطل الموت ما تقدم بالطلاق .

خليل : وانظر لو كانت حاضت حيضة قبل الموت ثم لم تأت بها حيضة في عدة الوفاة فهل تكتفي بتلك الحيضة وهو الظاهر من جهة المعنى أو لا ؟ وهو ظاهر كلامهم .

وقوله : (وَالْمَوْتُ يَنْقُلُ الرَّجْعِيَّةَ) احترز به من المطلقة طلاقاً بائناً فإن الموت لا ينقلها . وَلَا يَنْقُلُ الْعَتَقُ إِلَى عِدَّةِ الْحُرَّةِ .

يعني : إذا طلقها طلاقاً رجعياً ثم عتقت فإنها تتم عدة الأمة ؛ لأن العتق ليس بموجب للعدة ، وحاصله أن الناقل ما أوجب عدة .

وَلِذَلِكَ لَوْ عَتَقَتْ ثُمَّ مَاتَ فَعِدَّةُ الْحُرَّةِ لِلْوَفَاةِ لِأَنَّ الْمَوْتَ لَمَّا نَقَلَهَا صَادَفَهَا حُرَّةً ، وَلَوْ مَاتَ ثُمَّ عَتَقَتْ فَعِدَّةُ أَمَةٍ ...

يعني : ولأجل ما قدمه من أن الموت ينقل وأن العتق لا ينقل كان الحكم فيمن طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم عتقت ثم مات عنها أن عليها عدة الحرة ؛ لأن الموجب لعدة الوفاة حصل في حال كونها حرة بخلاف ما إذا مات ثم عتقت لأن الموجب - وهو الموت - لما نقلها لم يصادف حرة فتستمر على عدة الأمة شهرين وخمس ليال .

ابن عبد السلام : وسواء تقدمت لها حيضة أم لا ، غير أنه إن تقدمت اكتفت بما انتقلت إليه ، وإن لم تتقدم لها حيضة فاسلك بها ما تقدم في عدة الأمة للوفاة إذا لم تر

فيها دما ، وكذلك تفعل في التي تقدم عتقها على موت مطلقها .

وَلَا تَنْتَقِلُ ذِمَّةٌ تَسْلِمُ تَحْتَ ذِمِّيٍّ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَيَمُوتُ فِي عِدَّتِهَا .

إنما لم تنتقل الذمية وإن كان الزوج أملك بها إذا أسلم لأنها في حكم البائن ، وإنما كان أملك بها إذا أسلم تأليفاً على الإسلام لا لكونها رجعية ، وأيضاً فالخطاب في عدة الوفاة إنما وقع للمسلمين بقوله تعالى : ﴿الَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ﴾ .

احترز بقوله : (بَعْدَ الْبِنَاءِ) مما لو مات عنها قبله فإنها لا عدة عليها .

وَيَجِبُ الْاسْتِبْرَاءُ بِحُصُولِ الْمَلِكِ بَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ إِرْثٍ ، أَوْ هَبَةٍ ، أَوْ صَدَقَةٍ ، أَوْ وَصِيَّةٍ أَوْ فُسْخٍ ، أَوْ إِقَالَةٍ ، أَوْ غَنِيمَةٍ إِذَا لَمْ تُؤْمِنْ الْبَرَاءَةَ بِوَجْهِ قَوِيٍّ اتِّفَاقًا كَذَاتِ السَّيِّدِ وَالْمَسْبِيَّةِ وَحَدَّهَا أَوْ مَعَ زَوْجِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ لَمْ تَحْضُرْ أَوْ انْقَطَعَ حَيْضُهَا إِذَا كَانَتْ مِمَّنْ يَحْمِلْنَ عَادَةً كَبُنْتِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ ، وَخَمْسِينَ .

أصل اشتقاق الاستبراء من التبري وهو التخلص ، ثم استعمل لغة في الاستقصاء والبحث والكشف عن الأمر الغامض ، وفي الشرع في الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب ، وهو واجب كإيجاب العدة في الزوجات لما رواه أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام قال في سبي أوطاس : « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض حيضة » (١) .

الأبهري : ويجب الاستبراء بأربعة شروط :

الأول : الملك .

الثاني : ألا تعلم براءة الرحم .

الثالث : أن يكون وطء تلك الأمة مباحاً في المستقبل .

والرابع : أن لا يكون الفرج محللاً له قبل الملك .

واحترز بالأول مما لو تزوج أمة فإنه لا يجب عليه استبراؤها ، وبالثاني مما لو علمت براءتها كما لو حاضت الأمة المودعة عنده ثم اشتراها ، وبالثالث مما لو اشترى ذات زوج ،

(١) أخرجه أبو داود (٢١٥٧) والدارمي (٢٢٩٥) والحاكم (٢٧٩٠) والبيهقي في الكبرى (١٠٥٧٢) من حديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه . وصححه الألباني - رحمه الله .

وبالرابع مما لو اشترى زوجته ، وقال غيره : إذا اجتمع نقل الملك مع عدم الحوز وجب الاستبراء ، وإن انتفى الأمران أو أحدهما فلا استبراء ، وكلام الأبهري أحسن لأن هذا الكلام يقتضي أن الإنسان إذا اشترى أمة متزوجة بالغير أن عليه الاستبراء وليس كذلك ، وقال بحصول الملك ولم يقل كغيره ينقل الملك ليدخل في كلامه ما أخذه بالغنيمة من أيدي الكفار مما أخذه من أموال المسلمين بالقهر فإنهم إنما لهم فيه شبهة الملك على المذهب ، وقسم المصنف أنواع الملك بقوله : (أَوْ غَيْرِهِ... إلخ) .

وقوله : (أَوْ إِقَالَةً) يريد : إلا أن يتقايلا قبل التفرق فإنه لا استبراء ، نص عليه في «المدونة»^(١) ، ويؤخذ هذا التقييد من كلام المصنف من قوله : (إِذَا لَمْ تُؤْمَنْ) لأنه إذا حصل التقاييل قبل التفرق علمت البراءة .

وقوله : (كَذَاتِ السَّيِّدِ) هو أيضاً من الأمثلة التي لا تعلم فيها البراءة لأنها إذا كانت ذات سيد ثم انتقلت إلى غيره فذلك الغير لم يعلم براءة رحمها لاحتمال أن يكون السيد قد وطئها .

وقوله : (وَالْمَسْنِيَّةِ) ظاهر ، وفيها جاء الحديث المتقدم .

وقوله : (وَإِنْ كَانَتْ لَمْ تَحْضُ... إلخ) (إن) للبالغة بمعنى (لو) أي : يجب الاستبراء على كل من يمكن حملها سواء كانت ممن رأت دم الحيض أم لا ، وجعل سن الصغيرة التي يمكن حملها ثلاثة عشر ، وسن الكبيرة التي يمكن حملها خمسين ، وتقدم في الطهارة فيمن سنها خمسون هل يحكم لما تراه من الدم بحكم الحيض أم لا ؟ وكذلك اختلفوا هنا في العدد هل يحكم لها بحكم اليائسة أم لا ؟

وَكَذَلِكَ لَوْ أَبْضَعَ فِيهَا فَاشْتُرِيَ فَحَاضَتْ فِي الطَّرِيقِ .

يعني : وكذلك يجب الاستبراء إذا أبضع في جارية ، أي : إذا أرسل دراهم مع شخص ليشتري له بها جارية فاشتراها ، وظاهر كلامه : أنه لا فرق في ذلك بين أن يأتي بها المبضع معه أو يرسلها مع غيره ، وإنما ذكر في «المدونة»^(٢) المسألة فيما إذا أرسلها مع غيره .

عياض : ووجب الاستبراء هنا ؛ لأنها قد خرجت من يد مشتريها المؤمن عليها ، ولهذا

(١) «المدونة» (٦/١١٧) .

(٢) «المدونة» (٦/١١٧) .

فأرقت المودعة التي تخرج ولو كان مشتريها هو الذي أتى بها إليه كانت كمسألة المودعة .

وقال أشهب : تجزئها حيضتها في الطريق ولو أرسلت مع وكيل ، ولا استبراء عنده من سوء الظن ، وعلى هذا فيقيد كلام المصنف بما إذا بعثها مع غيره ، واستشكل قول ابن القاسم بوجهين :

أحدهما : لو وجب الاستبراء بسوء الظن لزم ألا يطاء من إماءه إلا من لا تتصرف ، وأن لا يطاء في كل طهر إلا مرة .

ثانيهما : أن ابن القاسم وافق في الأمة المودعة ، وكذلك الأمة المرتهنة تفدى على أن لا استبراء فيهما ، فكان يلزمه ألا يستبرئ في المسألة المذكورة لأن المبضع معه والرسول أمينان .

وأجيب : بأن المبضع معه بعثها مع غيره بغير إذن ربها فأشبهه الغاصب فليس استبراء سوء الظن ، ولا تشبه أيضاً الوديعه للتعدي ، وفيه نظر الوديعه .

فَإِنْ أَمَنْتَ قَطْعًا أَوْ بَوَاحٍ قَوِيٍّ كَالْأَسْتِبْرَاءِ لَمْ يَجِبِ اتِّفَاقًا كَمَنْ لَا تُطِيقُ الْوَطْءَ ، وَكَمَنْ حَاضَتْ تَحْتَ يَدِهِ لَزَوْجَتِهِ أَوْ وَلَدَ لَهُ صَغِيرٌ فَيَسْتَبْرِئُهَا مِنْ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ وَلَمْ تَخْرُجْ ، أَوْ لَشَرِيكِه ، أَوْ بِوَدِيعَةٍ وَلَمْ تَخْرُجْ ، وَلَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهَا سَيِّدُهَا وَكَالْمَبِيعَةِ بِالْخِيَارِ وَلَمْ تَخْرُجْ عَنْ يَدِهِ .

ظاهره أن فاعل (أمنت) عائد على البراءة لأنه قسيم قوله : (إذا لم تؤمن بالبراءة) وصوابه على هذا أن يقول فإن حصلت البراءة أو اعتقدت بوجه قطعي أو بوجه ظني قوي ، ويمكن أن يكون فاعل (أمنت) ضميراً عائداً على المشتراة المفهومة من السياق ، والأول أقرب إلى لفظه كما ذكرنا ، والثاني أولى لسلامته مما أورد على الأول ، والله أعلم .

قوله : (كَالْأَسْتِبْرَاءِ) مثال لما علمت فيه البراءة بوجه ظني .

وقوله : (كَمَنْ لَا تُطِيقُ الْوَطْءَ) مثال لما علمت فيه البراءة قطعاً ، واعترضه ابن عبد السلام بأن الكلام إنما هو فيمن يمكن وطؤها ؛ وفيه نظر ، ونص المتيطي : أن بنت ثمان سنين لا تطيق الوطء وعمل بذلك وثيقة ، وإنما لم يجب الاستبراء هنا لأنه إنما وجب خشية وطء الحامل ، وقد انتفى الحمل إما بالقطع وإما بالظن .

وقوله : (كَمَنْ حَاضَتْ) هذه أمثلة لما ظن فيها البراءة ؛ لأنها إذا حاضت تحت يده سواء كانت لزوجه أو ولده الصغير ثم اشتراها حصل الظن القوي ببراءة رحمها .

وقوله : (مِنْ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ) راجع إلى مسألة الولد .

وقوله : (وَلَمْ تَخْرُجْ) أي : وأما إن خرجت فإنه يجب عليها الاستبراء لسوء الظن ، وهذا الشرط إنما هو على قول ابن القاسم وأما على قول أشهب فلا .

ابن عبد السلام : والظن في التي انتقلت إليه من ابنه أقوى منه في المنتقلة إليه من زوجته ؛ لأن نظره في الأولى أتم ، ولهذا فصل أشهب في جارية زوجته على ما حكاه عنه محمد ، فقال : إن كانت معه في دار هو الذاب عنها والنظر في أمرها أجزأه كانت تخرج أم لا تخرج ، فظاهر هذا أن الزوج لو لم يكن هو الذاب عنها لكان لها حكم غير هذا .

وقوله : (أَوْ لَشَرِيكِهِ) أي : اشترى نصيب شريكه وهي تحت يده .

وقوله : (أَوْ بَوْدِيعَةٍ وَلَمْ تَخْرُجْ ، وَلَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهَا سَيِّدُهَا) لا خفاء في اشتراط عدم دخول سيدها ، وأما اشتراط عدم خروجها فهو مبني على قول ابن القاسم لا على قول أشهب .

وقوله : (أَوْ بَوْدِيعَةٍ) معطوف على قوله : (وَكَمَنْ حَاضَتْ تَحْتَ يَدِهِ لِزَوْجَتِهِ) تقديره كمن حاضت تحت يده حالة كونها لزوجته أو بوديعة .

وقول ابن عبد السلام أن قوله : (بَوْدِيعَةٍ) معطوف على قوله : (بَوَجْهٍ قَوِيٍّ) أو على ما عطف عليه بوجه قوي ليس بظاهر ؛ لأن البوديعة أحد أمثلة الوجه القوي .

وقوله : (وَكَالْمَبِيعَةِ بِالْخِيَارِ) أي : إذا اشترى أمة على الخيار إما له أو للبائع أو لأجنبي ، وقبضها المشتري وحاضت في أيام الخيار ، ثم أمضى من له الخيار البيع فلا يحتاج إلى استبرائها ، وهذا حكم المشتري وأما البائع ففي المدونة : ومن اشترى جارية بالخيار ثلاثة فتواضعها أو كانت وخشاً فقبضها ، فاختر من له الخيار ردها فلا استبراء على البائع ؛ لأن البيع لم يتم فيها ، قال : وإن أحب البائع أن يستبرئ التي غاب عليها المشتري وكان له الخيار خاصة فذلك أحسن ؛ إذ لو وطئها المبتاع لكان بذلك مختاراً وإن كان منها عن ذلك ، كما استحب استبراء التي غاب عليها الغاصب .

عياض : وأحب في مسألة الغاصب محمولة على الوجوب ، قال : ويبينه ما وقع في أول الكتاب من قوله : (وعليه أن يستبرئها) ، قالوا : وعلى الغاصب نفقتها ومنه ضمانها حتى تخرج .

ونص في «الجواهر»^(١) على استحباب الاستبراء إذا غاب عليها المشتري على ظاهر «المدونة» .

وقال القاضي أبو الفرج : القياس إذا غاب عليها المشتري وجوب الاستبراء ، واستحسنه اللخمي . انتهى .

خليل : والأقرب حمل «المدونة» على الوجوب في مسألة الخيار ولا سيما إذا كان الخيار للمشتري .

فَإِنْ أَمِنَتْ بِوَجْهِ قَوِيٍّ يَقْصُرُ عَنِ الْاسْتِبْرَاءِ فَقَوْلَانِ ، وَهُوَ مَرَاتِبُ .

هذا الكلام يتم به تقسيمه الذي يَبَيِّنُ فيه من يجب في حقه الاستبراء ومن لا يجب ، وجعل الأقسام ثلاثة ، إما ألا تعلم البراءة ولا تظن أولاً ، فالأول يجب فيه الاستبراء ودخل فيه من ظن شغل رحمها ومن شك ، والثاني إما أن تعلم براءة الرحم أو تظن بوجه قوي كالاستبراء الحاصل عنده قبل حصول ملكه أو يظن دون ذلك .

وذكر في القسم الثالث في وجوب الاستبراء قولين ، وجعله مراتب ولم يجعله مسائل لوجهين ؛ لأن المراتب تفاوت الوجوه التي يقوى بها الاستبراء ويضعف ؛ لأن المرتبة الواحدة يدخل تحتها مسائل ، والمشهور في جميع المراتب الوجوب إلا الأولى .

الأولى : الْحَاصِلَةُ فِي أَوَّلِ الْحَيْضِ بِشَرَطِ أَلَّا يَمْضِيَ مِقْدَارُ حَيْضَةِ اسْتِبْرَاءٍ ، فَالْمَشْهُورُ لَا يَجِبُ ...

تصور كلامه ظاهر ، ومقابل المشهور حكاه ابن شعبان وفضل عن أشهب : أنه لا بد من حيضة أخرى .

وقواه : (بِشَرَطِ أَلَّا يَمْضِيَ مِقْدَارُ حَيْضَةِ اسْتِبْرَاءٍ) هكذا فسر محمد ذلك ، وهو أحسن من قوله في : «المدونة»^(٢) : ومن ابتاع أمة في أول الدم أجزأه من الاستبراء ، وأما في آخره وقد بقي منه يوم أو يومان فلا ؛ لأن قوله في أول الدم أعم من المقصود ، فإنها إذا كانت عاداتها اثني عشر يوماً أو نحوها واشتراها بعد أربعة أيام صدق عليها أنها في أول الدم مع أنها لا تستغني ببقية هذا الدم عن الاستبراء ، لكن ما أشار إليه المصنف إنما يأتي

(١) «الجواهر» (٢/٢٧٧) .

(٢) «المدونة» (٥/٤٣٧) .

على رأي أبي بكر بن عبد الرحمن ، وذلك أنه اختلف في معظم الحيضة فذهب أبو بكر ابن عبد الرحمن إلى أنه يراعى أكثر الأيام .

وحكى ابن القصار عن ابن مناس أن معظم الحيضة اليوم الأول والثاني ؛ لأن الدم فيهما يكون أكثر اندفاعاً من باقي الحيضة وإن كثرت الأيام ، والدم القوي الذي يدفع ما في الرحم لا الرقيق .

الثانية : مَنْ تَحْتَ يَدِهِ إِذَا كَانَتْ تَخْرُجُ أَوْ مَنْ كَانَتْ لَغَائِبٍ أَوْ لِمَجْبُوبٍ أَوْ امْرَأَةً أَوْ صَبِيٍّ أَوْ مَكَاتِبَةٍ تَتَصَرَّفُ ثُمَّ عَجَزَتْ وَيُسَمَّى اسْتِبْرَاءَ سُوءِ الظَّنِّ ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يَجِبُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : لَا يَجِبُ .

خاف ابن القاسم عليها الحمل من زنا أو اغتصاب فأوجب الاستبراء .

ابن راشد : وهو أقيس لفساد الزمان ، ولم يعتبر أشهب هذا الاستبراء الذي أوجه ابن القاسم لسوء الظن ؛ لأن الدليل قام على الغاية في مملوكته التي تتصرف . وقد يجاب لابن القاسم : أنه لو خوطب بالاستبراء في المملوكة لشق ذلك لتكرره بخلاف المشتراة ، وألحق في «الجواهر»^(١) المشتراة من الصبي ونحوه المشتراة من محرم ، وصرح بمشهورية قول ابن القاسم ، وما ذكره المصنف من وجوب الاستبراء في المكاتبه هو نص قول ابن حبيب ، وهو الذي نقله التونسي وابن شاس عن ابن القاسم ، وهو ظاهر نقل المازري ؛ لأنه قال : أثبت فيها ابن القاسم الاستبراء ونفاه أشهب .

والذي في «المدونة»^(٢) في أول كتاب الاستبراء : ومن كاتب أمته ثم عجزت أحبيت له الاستبراء إلا التي في يده لا تخرج فالاستبراء عليها ، وعلى هذا فيكون معنى أحبيت أنه يجب عليه الاستبراء .

وحمل أبو الحسن وابن عبد السلام «المدونة» على ظاهرها ، وجعل كلام المصنف مخالفاً لها ، وقد اختلفت ظواهر مسائل «المدونة» في رجوع المكاتب إلى يد ربه بسبب العجز ، هل هو ملك مستأنف أم لا ؟ وخلافهم في مسألة المكاتبه راجع إلى هذا المعنى .

خليل : وفيه نظر ؛ لأنه خلاف ما نقله التونسي وغيره عن ابن القاسم ؛ ولأن علة ابن

(١) «الجواهر» (٢/٢٧٨) .

(٢) «المدونة» (٦/١٢٢) .

القاسم حاصلة في المكاتبه كغيرها .

وَالثَّالِثَةُ : كَالْمُطِيقَةِ وَالْيَائِسَةِ لَا يَحْمِلَانِ عَادَةً ، وَفُرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ لِلذَّرِيعَةِ وَلِعُسْرِ تَبْيِينِهِ...

قال في «الجواهر»^(١) : كُنتِ التسع والعشر فإنه يمكن وطؤها ولا تحمل في العادة ، وكُنتِ الخمسين ، والقول بوجوب الاستبراء رواه ابن القاسم عن مالك ، والقياس هو الشاذ ، وهو رواية ابن عبد الحكم وابن غانم ؛ لأن الاستبراء معلل بخشية الحمل ، والفرض أن العادة تنفيه لولا ما عارضه من التعليل الذي أشار إليه المصنف ؛ لأنه لو قيل بذلك لتوسل إلى من يمكن الحمل منها ، وأيضاً فإنه يعسر تمييز الزمان الذي يمكن فيه الحمل مما لم يمكن فيه ، فلذلك أمر بالاستبراء في الجميع حسماً للذريعة .

وَالرَّابِعَةُ : كَالْوَحْشِ وَالْبَكْرِ .

ذكر في «الجواهر»^(٢) أن المشهور الوجوب فيهما ، والقول بنفي الوجوب في الوحش حكاه المازري وغيره ، والقول بنفي الوجوب في البكر للخمي ، ورآه مستحباً على وجه الاحتياط .

ابن عبد السلام : واحتمال الحمل في الوحش أقوى منه في البكر ، فكان ينبغي ألا يجمع بينهما في مرتبة واحدة ، بل احتمال الحمل في الوحش أقوى منه في الصغيرة واليائسة المذكورتين في المرتبة الثالثة ؛ والذي قاله ظاهر لا سيما إن كانت الوحش شابة .

وَالْخَامِسَةُ : كَالْمُشْتَرَاةِ مُتَزَوِّجَةٍ فَتُطَلَّقُ قَبْلَ الْبِنَاءِ ، وَقَالَ سَحْنُونُ : تَحِلُّ مَكَانَهَا .

يعني : إذا اشترى أمة ذات زوج ولم يبن بها ، فبعد انعقاد البيع طلقها زوجها قبل أن يبن بها ، فقال ابن القاسم : ليس للمشتري أن يطأها في تلك الحال ، ولا بد له من الاستبراء ؛ لأنها لو أتت بولد لسته أشهر فأكثر من يوم عقد النكاح عليها لحق بالزوج .

وقال سحنون : تحل للمشتري مكانها ؛ إذ لا موجب عنده للاستبراء ؛ لأن الفرض أنها غير مدخول بها ، وقول ابن القاسم أظهر لما ذكرناه ، ولأن الزوج إنما يباح له وطؤها بإخبار السيد ؛ لأنه لا طريق له غير ذلك بخلاف المشتري ، فإننا لو أجزنا له الوطء لكان

(١) «الجواهر» (٢/٢٧٨) .

(٢) «الجواهر» (٢/٢٧٨) .

أيضاً معتمده إخبار السيد ، والمشتري لا يجوز له الاعتماد على ذلك باتفاق .

وَيَجِبُ بِرُجُوعِهَا مِنْ غَضَبٍ أَوْ سَبِّ .

القاعدة : أنه متى حيزت الأمة على وجه استباحة وطئها وجب استبراؤها إذا

غلب عليها غيبة يمكن فيها الوطء ، ولا تصدق الأمة إن قالت : لم يطأني ، كما لا تصدق الحرة في ذلك .

عياض : قالوا : وعلى الغاصب نفقتها ومنه ضمانها حتى تخرج ، قالوا : ويلزم هذا فيمن زنى بأمة رجل طائعة أو مكرهة ؛ لأن طوعها لا يبطل حق سيدها .

وَيَجِبُ بِزَوَالِ الْمَلِكِ بَعْتِ أَوْ مَوْتِ سَيِّدِ أُمِّ الْوَلَدِ فِي غَيْرِ الْمُتَزَوِّجَةِ وَالْمُعْتَدَةِ مِنْهُمَا ...

لما كان موجب الاستبراء ضربين ؛ حصول الملك وزواله ، وتكلم على الأول أتبعه بالثاني .

ابن هارون : يعني أن الأمة الموطوءة سواء كانت مستولدة أم لا إذا عتقها السيد أو مات سيد أم الولد فلا تتزوج كل واحدة منهما إلا بعد الاستبراء بحيضة ، وإن عقد قبل الاستبراء فسخ قبل الدخول وبعده لوقوع العقد في حالة يحرم الاستمتاع فيها لحق الغير . ثم إن هذا الاستبراء إنما يحتاج إليه إذا لم تكونا متزوجتين أو معتدتين ، فإن كانتا كذلك فلا استبراء ؛ لأنهما إنما وجب استبراؤهما إذا لم تكونا معتدتين أو متزوجتين ؛ لأنه لا مانع هناك للسيد من وطئهما ، فاحتمل أن يكونا موطوءتين له بخلاف ما إذا كانتا متزوجتين أو معتدتين فإن هناك مانعا له ، وهذا معنى قوله في غير المتزوجة والمعتدة منهما ، أي من الأمة وأم الولد .

وَلَوْ اسْتَبْرَأَهُمَا أَوْ انْقَضَتْ عِدَّتُهُمَا ثُمَّ أَعْتَقَهُمَا اسْتَأْنَفَتْ أُمُّ الْوَلَدِ دُونَهَا .

يعني : إذا استبرأ السيد الأمة أو أم الولد أو انقضت عدتهما من وفاة زوج كل منهما أو طلاقه ، ثم أعتقهما وأراد السيد أن يزوجهما ، فإن الأمة تكتفي بذلك الاستبراء المتقدم أو العدة المتقدمة بخلاف أم الولد فإنها لا تكتفي بذلك الاستبراء المتقدم أو العدة المتقدمة ، وتحتاج بعد العتق إلى الاستبراء بحيضة ؛ لأن أم الولد لما كان فيها عقد حرية كانت الحيضة في حقها كالعدة ، فصارت بمنزلة الزوج يطلق امرأته بعد استبرائها بثلاث حيض فإنها لا تكتفي بذلك ولا بد لها من استئناف العدة ؛ لأن أم الولد فراش لسيدها ولا يخرجها عن

ذلك إلا تزويجها ، وإذا زالت عصمة النكاح عادت إلى الفراش بخلاف الأمة فإنها وإن كانت رائعة ليست بفراش حتى يقر السيد بوطنها .

وَأَسْتَأْنَفَا فِي الْمَوْتِ مَعًا ، وَلَوْ كَانَ غَائِبًا إِلَّا غِيَبَةً عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَقْدَمْ مِنْهَا .

يعني: لو مات سيد أم الولد أو الأمة فإنهما تستأنفان معاً حيضة؛ لأن الميت يحتاط له .

وقوله: (وَلَوْ كَانَ غَائِبًا) مبالغة، وسواء كانت الأمة أقر السيد بوطنها أم لا .

ابن عبد السلام: ولو قيل في الأمة المتوفى عنها سيدها ولم يقر بوطنها لا تحتاج إلى استبراء كان السيد غائباً أو حاضراً ما كان بعيداً، ألا ترى أنها لو أتت بولد لم يلحق بسيدها، فلم يبق إلا الاستبراء من سوء الظن، وفيه ما قد علمت .

وقوله: (إِلَّا غِيَبَةً عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَقْدَمْ مِنْهَا) أي: ولا يمكنه أن يأتي خفية .

وفي معنى الولد التي يعلم أنه لم يقدم منها ما إذا كان مسجوناً، وما ذكره صحيح في الأمة ، وأما في أم الولد فمخالف لما في «المدونة»^(١) ، ففيها: وإن مات السيد وهي في أول دم حيضتها أو غاب عنها فحاضت بعده كثيراً ثم مات عنها ، فلا بد لها من استئناف حيضتها بعد موته لأنها عدته .

وإنما يأتي كلام المصنف على ما قاله عبد الوهاب في معونته أن الحيضة في الدم استبراء محض وليس بعدة .

وَلَوْ مَاتَ فِي أَوَّلِ دَمِهَا لَمْ يُعْتَدَ بِهِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ لِأَنَّهُ لَهَا كَالْعِدَّةِ .

يعني: بخلاف الأمة فإنها تعتد به كما تقدم في الشراء ، وما حكاه من عدم الاكتفاء في أم الولد هو المشهور ، وفي «الاستذكار» عن القاضي إسماعيل أنها تكتفي بالحيضة التي ماتت وهي عليها ، وهو جار على أن الحيضة في حق أم الولد استبراء محض .

وَيَجِبُ قَبْلَ تَزْوِيجِ الْأُمَةِ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُ السَّيِّدِ .

أي: ويجب الاستبراء ، وهذا مقيد بالموطوءة، وأما إن لم يطأها ففي «المدونة»^(٢): لا يحتاج فيها إلى استبراء ، وقيل قول السيد في الاستبراء لأنه لا يعلم إلا من جهته .

وَلَوْ اشْتَرَاهَا مِنْ مُدْعِي اسْتِبْرَاءٍ وَلَمْ يَطَّأَهَا جَازَ لَهُ تَزْوِيجُهَا قَبْلَ اسْتِبْرَاءِ عَلَى

(٢) «المدونة» (٦/١٢٣) .

(١) «المدونة» (٦/١٢٢) .

المشهور...

يعني : إذا اشترى أمة وزعم بائعها أنه استبرأها قبل بيعها على ما هو الأولى له .
 وقوله : (وَلَمْ يَطَّأَهَا) يوهم أن له وطئها بدعوى البائع ، وهو لا يجوز حتى يستبرئها .
 وقوله : (جَازَ لَهُ تَزْوِيجُهَا) على المشهور ؛ لأنه قد انتقل إلى المشتري حكم البائع .
 ووجه الشاذ أن البائع كان له ذلك حيث كان له وطء بخلاف المشتري ، وهو قول
 سحنون . وقال ابن القاسم فيمن اشترى زوجته قبل البناء فأراد أن يزوجه : ليس له ذلك
 حتى يستبرئها ؛ لأن بائعها لم يكن له أن يطأها .
 وقال سحنون : له أن يزوجه ؛ لأن الوطء له جائز ، وبالجمله فابن القاسم راعى حال
 البائع ، وسحنون راعى حال المشتري .
 وَيَجِبُ عَنِ الْوَطْءِ الْفَاسِدِ كَمَنْ وَطِئَتْ بِاشْتِبَاهٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَكَمَنْ وَطِئَ أُخْتَ أُمِّهِ وَطَّأَهَا
 ثُمَّ حَرَّمَ الْأُولَى...

ابن راشد : ولا خلاف في هذا وتصور كلامه ظاهر .
 وَفِي اسْتِبْرَاءِ الْأَبِ أُمَّةً لِابْنِهِ فَوَطَّأَهَا بَعْدَ أَنْ اسْتَبْرَأَهَا فَقَوِّمَتْ عَلَيْهِ قَوْلَانِ .
 يعني : إذا وطئ الرجل جارية ولده فقومت عليه فإن لم يكن استبرأها قبل وطئها لم
 يطأها حتى يستبرئها ، وإن كان قد عزلها عنده واستبرأها ثم وطئها ، فالمشهور أنه لا
 يحتاج إلى استبراء ، والمشهور ومقابله في «المدونة»^(١) ، ففيها : ابن القاسم : ومن وطئ
 جارية ابنه فقومت عليه فليستبرئها إن لم يكن الأب قد عزلها عنده واستبرأها ، وقال غيره :
 لا بد أن يستبرئها لفساد مائه وإن كانت مستبرأة عند الأب ، وقول الغير ظاهر لوجه ما ذكره
 من فساد الماء ، وأجاب القابسي بمنع فساده لأن الأب إذا تلذذ بجارية ابنه حرمت على
 الابن ووجب على الأب قيمتها ، ولم يكن للابن التمسك بها على المعروف ، وهذه لما
 كانت مستبرأة عند الأب فأول وضع اليد عليها وجلوسه بين فخذيه حرمت على الابن
 ووجبت على الأب القيمة ، فصار وطؤه في مملوكة له بعد الاستبراء .

وأشار التونسي إلى أن قول الغير مبني على قول ابن عبد الحكم : أن الأب لا يضمن
 قيمتها بوطئها بل يكون للابن أن يتماسك بها في عسر الأب ويسره .

(١) «المدونة» (٦/١٣٣) .

وحكاية المصنف القولين تدل على أن قول الغير مخالف لقول ابن القاسم وهي طريقة الأكثر ، وذلك أن الأكثر فهموا أن قول ابن القاسم إن لم يكن الأب عزلها عنده واستبرأها، أنه لو كان استبرأها قبل الوطء لا يحتاج إلى استبراء بعده، وخالفهم ابن اللباد وابن الشقاق وفهما قوله : (إن لم يكن عزلها عنده واستبرأها) على أن المراد بعد وطئه . وصحح هذا ابن مرزوق ، وخالفه تلميذه ابن رشد ، وصححه مذهب الأكثرين ، واحتج لابن القاسم بما احتج به القاسبي، واختار عياض قول ابن اللباد بدليل قول ابن القاسم في آخر المسألة لأنه وطء فاسد .

وَالْأَسْتِبْرَاءُ لِلْمُرْتَابَةِ قُرْءٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ حَيْضَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ .

لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض» (١) ومقابل المشهور أنه طهر كالعدة ، ولم أره منصوفاً ، وإنما خرج المازري على قول أشهب أن المشتراة في أول دمها لا تكفي بذلك .

وَالْمُرْتَابَةُ بِتَأْخِيرِ حَيْضِهَا ، قِيلَ : تَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : ثَلَاثَةٌ وَيَنْظُرُهَا النِّسَاءُ ، فَإِنْ ارْتَبَتْ فَتِسْعَةٌ . وَكَانَ يَقُولُ : تَحِيضُ كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ أَنْتَظَرْتُهَا...

يعني : أنه اختلف في استبراء الأمة المرتابة ، والقول بأنها تتربص تسعة أشهر للمالك في «المدونة» ورواية ابن وهب ، والقول الذي نقله المصنف عن ابن القاسم بقوله : ثلاثة وينظرها النساء ؛ هو له في «العتبية» ، ورواه ابن القاسم وابن غانم في «المدونة» .

ابن القاسم : وإن ارتفعت الرية قبل التسعة حلت .

وسئل ابن المناس : ما فائدة التسعة على هذا القول وهي إن زالت ريتها قبلها حلت ،

وإن لم تزَل بعد التسعة زادت ؟

فأجاب بأن قال : فائدة ذلك إذا لم تزد تلك الرية بها الحاصلة بالثلاثة وبقيت على حالها ، نعم إن زادت بالحس والتحريك زادت على التسعة ، وفصل ابن القاسم بين من تكون عاداتها بتأخير حيضتها ، كما إذا كانت تأتيتها الحيضة في ستة أشهر أو سبعة أو نحو ذلك ، وبين من يتأخر حيضها أكثر من تسعة أشهر كما إذا كانت تحيض كل سنة ، فالأولى تنتظر الحيضة ، والثانية تبرأ بثلاثة أشهر ، وقول المصنف : وكان يقول : إن كانت تحيض كل ستة أشهر ليس هو على معنى الاشتراط ، والمعنى إن كانت عاداتها تحيض فيما

دون تسعة أشهر ، ولكن ذكر المصنف الستة تبعاً للرواية ، وهذه الرواية رواها يحيى عنه .
 خليل : وانظر على هذا القول إذا كانت عاداتها ستة أشهر فانتظرتها ولم تأتِها الحيضة
 فيها ، هل تحمل بانتفائها كما تقدم في عدة الحرة إذا كانت عاداتها أن تحيض كل سنة أو
 ترجع إلى تسعة أشهر غالب أمر الحمل .
وَالْمَرْضِعُ وَالْمَرِيضَةُ كَذَلِكَ .

أي : مثل المرتابة ، وظاهر تشبيهه في الخلاف المتقدم ، ويحتمل في الاستبراء بثلاثة
 أشهر ، وينظرها النساء فإن ارتبن فتسعة وهو أقرب ؛ لأنه الذي رأته منصوصاً ؛ ولأن قوله
 إثر هذا : والمستولدة كذلك .

وقيل : (تسعة) يقتضي أنه لم يرد التشبيه في الجميع وإلا لاستغنى عن قوله : وقيل :
 (تسعة) ، لكن في كلامه على هذا نظر ، فإنه ليس في كلامه ما يدل على أنه أراد بالتشبيه
 ذلك .

وَالْمُسْتَوْلَدَةُ كَذَلِكَ ، وَقِيلَ : تِسْعَةٌ .

المستولدة هي أم الولد ، وتصور القولين بين .
**وَالْمُسْتَحَاضَةُ : الْمَشْهُورُ : ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ إِلَّا أَنْ تَشْكَّ فَتِسْعَةٌ ، أَوْ تَرَى مَا تُوقِنُ هِيَ
 وَالنِّسَاءُ أَنَّهُ حَيْضٌ ...**

مقابل المشهور أنه تبرص تسعة ولو ميزت .

وَالصَّغِيرَةُ وَالْيَائِسَةُ : ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ .

أي : بشرط أن يمكن وطء الصغيرة ، ففي «البيان» : أمّا التي لا يوطأ مثلها فلا خلاف
 أنها لا استبراء عليها ، وإنما الخلاف في الصغيرة التي يوطأ مثلها ويؤمن الحمل منها ،
 فذهب مالك وعامة أصحابه إلى وجوب الاستبراء فيها والمواضعة إن كانت من ذوات
 الأثمان بثلاثة أشهر ؛ لأن الحمل لا يتبين في أقل منها ، وقيل : شهران ، وقيل : شهر
 ونصف ، وقيل : شهر .

وذهب مطرف وابن الماجشون إلى أنها لا يجب فيها استبراء ولا مواضعة ، ونقل
 بعضهم القول بالشهرين والشهر والنصف في اليائسة أيضاً بعض الموثقين ، وكذلك أيضاً
 يلزم من قال : إن استبراء الصغيرة شهران يقول بذلك في اليائسة .

وَالْحَامِلُ : بِوَضْعِ حَمْلِهَا .

أي : واستبراء الحامل ، وهو ظاهر .

وَالْمُرْتَابَةُ بِحَسِّ الْبَطْنِ أَفْصَى أَمَدِ الْوَضْعِ .

يعني : على الخلاف المتقدم .

وَيَحْرُمُ فِي زَمَنِ الْإِسْتِبْرَاءِ جَمِيعُ الْإِسْتِمْتَاعِ ، ابْنُ حَبِيبٍ : لَا يَحْرُمُ مِنَ الْحَامِلِ مِنْ زِنَى
وَالْمَسْنِيَّةِ إِلَّا الْوُطْءُ...

ابن عبد السلام : والأول هو المعروف في المذهب ، وقال ابن حبيب : أما المسنية تقع
في سهمه أو يتاعها في المقاسم فله أن يلتذ منها بالقبلة والمباشرة والتجريد وغيره ما عدا
الوطء لثلا يسقي ماءه ولد غيره ، وهذه قد تم ملكه فيها ، ويبيع المقاسم بيع في براءة وإن
ظهر بها حمل لم ترد به .

أبو محمد : وهذا الذي ذكر ابن حبيب أنه تدخل البراءة من الحمل في بيع السلطان
ليس بقول مالك إلا أن يعني في الوحش .

وقد قال ابن المواز: بيع الرائعة بالبراءة مطلق جائز ولا يدخل في ذلك الحمل ، وإن
تبرأ منه فسد البيع .

ونقل المازري وصاحب «الجواهر»^(١) عن ابن حبيب في الحامل من زنى مثل ما نقله
المصنف وكذلك ابن راشد .

وقال ابن عبد السلام : ما ذكره المؤلف عن ابن حبيب في الزنا لا أحفظه عنه ، لكن
قال سحنون فيمن اشترى أمة بالبراءة من حمل ظاهر أنه لا بأس أن ينال منها ما ينال من
الحائض إذا كان من غير السيد ، وكذلك إن قال بعد البيع أنا أرضى بحمل إن كان بها ولم
يكن البائع يطأ .

ابن يونس : ولعله ترخص في هذا للشيخ ؛ لأنه يملك نفسه كما أرخص له النبي ﷺ
في القبلة في الصوم ، وأما الشاب فلا .

(١) «الجواهر» (٢/ ٢٧٩) .

التَّدَاخُلُ : وَإِذَا طَرَأَ مُوجِبٌ قَبْلَ تَمَامِ عِدَّةٍ أَوْ اسْتِبْرَاءٍ فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ مُتَّحِدًا بِفِعْلِ سَائِعٍ انْتَهَدَمَتِ الْأُولَى وَاسْتَأْنَفَتْ مَا هِيَ مِنْ أَهْلِهِ مِنْ أَقْرَاءٍ أَوْ شُهُورٍ أَوْ حَمَلٍ كَالْمُرْتَجِعِ ثُمَّ يُطَلَّقُ أَوْ يَمُوتُ - مَسَّ أَوْ لَمْ يَمَسَّ - إِلَّا أَنْ يُفْهَمَ ضَرَرٌ بِالتَّطْوِيلِ فَتَبْنِي الْمُطْلَقَةُ مَا لَمْ تُمْسَ كَمَا تَبْنِي إِذَا لَمْ تُرْتَجَعْ مُطْلَقًا...

يعني : إذا كانت في عدة أو استبراء ثم تجدد قبل تمام ما هي فيه موجب آخر ، فإما أن يكون الموجهان من رجل واحد أو رجلين ، وإذا كانا من رجل فإما أن يكونا بفعل سائغ - أي : جائز - أم لا .

وذكر المصنف أنه إذا كان الرجل واحداً بفعل سائغ فإن العدة الأولى تنهدم وتستغني بالثانية عنها ، سواء كانت الثانية من نوع الأولى أو من نوع آخر ، وهو مراده بقوله : (مِنْ أَقْرَاءٍ أَوْ شُهُورٍ أَوْ حَمَلٍ) ، ومثل ذلك بالمرتجع ثم يطلق ، يعني : إذا طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً ثم ارتجعها ثم طلقها أو مات عنها قبل انقضاء العدة ، ولا فرق في ذلك بين أن يمسه بعد ارتجاعه أم لا ، ففي «الموطأ» : والسنة عندنا أن الرجل إذا طلق امرأته وله عليها رجعة فارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسه فلا تبني على ما مضى من عدتها ، وإنما تستأنف من يوم طلقها عدة مستأنفة ، وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها ولا حاجة له بها ، يعني لأن الرجعة تهدم العدة فإن الزوجية تنافي العدة .

وقوله : (إِلَّا أَنْ يُفْهَمَ ضَرَرٌ بِالتَّطْوِيلِ) هذا الكلام لابن القصار ، وقيد به الطلاق مالك المتقدم ، وهو ظاهر ؛ لأنه إذا قصد بهذا الارتجاع التطويل عليها في العدة فيعاقب بنقيض مقصوده ، وتبني على العدة الأولى بشرط ألا يكون مسها في الارتجاع .

وقوله : (كَمَا تَبْنِي إِذَا لَمْ تُرْتَجَعْ مُطْلَقًا) يعني : إذا طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً ثم أتبعها في العدة طليقة أخرى فإنها تبني على العدة من الطليقة الأولى مطلقاً ، سواء تخلل الطلاقين حيض أم لا ، وهو أحد قولي الشافعي ، فنبه المصنف بالإطلاق على مخالفته في أحد قوليّه .

وفي بعض النسخ : (إذا لم ترتجع مطلقاً) وهي واضحة .

وَكَالْمُتَزَوِّجِ زَوْجَتَهُ الْبَائِنَ ثُمَّ يُطَلِّقُ بَعْدَ الْبِنَاءِ أَوْ يَمُوتُ عَنْهَا قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ فَإِنَّهَا تَسْتَأْنَفُ ، وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمَةَ : إِنْ مَاتَ قَبْلَهُ فَأَقْضَى الْأَجْلَيْنِ وَضَعْفَ ، أَمَا لَوْ طَلَّقَ قَبْلَ

الْبِنَاءِ لَمْ تَنْهَدُمْ...

هذا معطوف على قوله : (كَالْمُرْتَجِعِ) يعني إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً ثم تزوجها وطلقها أو مات عنها فإنها تستأنف ، ولا فرق في الموت بين أن يموت عنها قبل البناء أو بعده ، بخلاف الطلاق فإنه إن طلقها بعد البناء استأنفت ؛ لأن وطأه هادم للعدة ، وإن طلقها قبل البناء بانت ؛ لأن المطلقة طلاقاً بائناً في حكم الأجنبية .

وإلى مساواة حالها في الموت أشار بقوله : (أَوْ يَمُوتُ عَنْهَا قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ) وإلى الفرق في الطلاق أشار بقوله (ثم يطلقها بعد البناء)، ثم صرح بما أفهمه الكلام آخراً فقال : أما لو طلق قبل البناء لم تنهدم، وروى محمد : إن مات قبله فأقصى الأجلين ؛ أي : وعليها الإحداد في الأربعة أشهر وعشر، هكذا قال في الرواية، والمراد بالأجلين الثلاثة قروء والأربعة أشهر وعشر ، ومعنى أقصى الأجلين ؛ أي أبعدهما ، فإن انتهت الأقراء أولاً انتظرت الأشهر ، وإن انقضت الأشهر انتظرت تمام الأقراء .

تنبيه :

وقع في نسخ عديدة : (وروى محمد بن مسلمة)، وكذلك هو في نسخة ابن راشد . وفي نسخة ابن عبد السلام : (وَرَوَى مُحَمَّدٌ) فقط وفسره بـابن المواز، وكذلك هو في ابن يونس فليعتمده عليه هنا ، على أنه لا يلزم من أن ابن المواز رواه ألا يكون محمد ابن مسلمة رواه .

واعترض أبو عمران ما رواه محمد فقال : إما أن يجعلها تمضي على عدة الطلاق ، أو يجعل النكاح قد هدم عدة الخلع فتعتد عدة الوفاة فقط ، قال : ويلزمه على هذا أن الحامل إذا خالعه زوجها ثم تزوجها وتوفي عنها قبل الدخول أن يوجب عليها أقصى الأجلين ، وأجاب ابن يونس بما حاصله : أن عدة الخلع لما خالفت عدة الوفاة في الجنس لزم ألا تدخل إحداها في الأخرى ، بخلاف الحامل فإن عدتها في الخلع والوفاة وضع حملها ، فلم يكن اعتبار أقصى الأجلين .

وَمَا سِوَاهُ فَأَقْصَى الْأَجْلَيْنِ كَالْمُعْتَدَةِ الْبَائِنِ يَطَّأَهَا الْمُطَلَّقُ أَوْ غَيْرُهُ وَطْئًا فَاسِدًا بِزْنِي أَوْ اشْتِبَاهِ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ...

حقيقة أقصى الأجلين إذا كان كل من الأجلين يمكن أن يكون أبعد كالأقصى فيما

تقدم، ويطلق مجازاً على معنى آخر وهو المذكور هنا ، ومعناه: أن المرأة إذا طلقت طلاقاً بائناً ثم وطئها مطلقها أو غيره وطئاً فاسداً إما بزنى أو اشتباه ، أو تزوجها المطلق أو غيره تزويجاً فاسداً .

والفساد في حق غير المطلق ظاهر؛ لأنه نكاح في عدة الغير ، وأما المطلق فلا يكون بسبب العدة وإنما يفسد لغير ذلك من وجوه الفساد .

ومعنى أقصى الأجلين: أنه يبتدئ من حين الوطء الثاني ثلاث حيض .

وقوله : (كَالْمُعْتَدَةِ الْبَائِنِ يَطَّأُهَا الْمُطَلَّقُ) يريد: وكذلك الرجعية إذا وطئها بغير نية ارتجاع على المشهور فإنها تستبرئ بثلاث حيض ، وكأن المصنف إنما خص المعتدة البائنة للاتفاق عليها .

وَكَالْمُعْتَدَةِ فِي وَفَاةٍ أَوْ طَلَاقٍ تَتَزَوَّجُ وَيُدْخَلُ بِهَا . وَقَالَ ابْنُ الْجَلَابِ : تُمْ ثُمَّ تَمَّ تَسْتَأْنِفُ عِدَّةً أُخْرَى ، وَهُوَ فِي الْمُوطَأِ عَنْ عُمَرَ .

يعني : ومن هي مخاطبة بأقصى الأجلين على المشهور المعتدة ، سواء كانت معتدة من طلاق أو وفاة إذا تزوجت ودخل بها في العدة وفسخ النكاح ، وأقصى الأجلين في حق المطلقة مجاز كما ذكرنا بخلافه في المتوفى عنها .

وقوله : (وَقَالَ ابْنُ الْجَلَابِ) أحسن منه : وفي «الجلاب»^(١) ؛ لأن ابن الجلاب لم يقله وإنما نقل في المسألتين روايتين: إحداهما ما شهره المصنف ، والثانية أنها تتم بقية العدة الأولى ثم تعتد بعد ذلك للزوج الثاني عدة أخرى .

ثم كلامه يوهم أن ابن الجلاب ذكر ذلك في مسألة الموت والطلاق ، وإنما ذكره في مسألة الطلاق .

وَكَالْمُسْتَبْرَأَةِ مِنْ وَطْءٍ فَاسِدٍ يُطَلِّقُهَا الزَّوْجُ أَوْ يَمُوتُ .

يعني : وكذلك يجب أقصى الأجلين على من وجب استبرأؤها من الزوجات لأجل وطء فاسد بزنى أو اشتباه ، ثم طلقها الزوج أو مات عنها .
وَوَضَعَ الْحَمَلُ الْلاحِقَ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ يَهْدِمُ غَيْرَهُ .

مثاله : إذا تزوجت المعتدة لغير مطلقها أو غصبت أو زنت أو وطئت باشتباه ثم أتت بولد وألحق بالأول ، وهو معنى قوله : (**بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ**) فإن ذلك الوضع (**يَهْدِمُ غَيْرَهُ**) أي : الاستبراء من الوطء الثاني ؛ لأنه إنما كان خشية الحمل وهو مأمون هنا ، ولا خلاف في هذا ؛ قاله عياض وغيره .

وَوَضَعُهُ مِنَ الْفَاسِدِ يَهْدِمُ أَثَرَ الْفَاسِدِ ، وَلَا يَهْدِمُ فِي الْمُعْتَدَةِ لِلوَفَاءِ اتِّفَاقًا ؛ فَعَلَيْهَا أَقْصَى الْأَجَلَيْنِ ، وَفِي الْمُعْتَدَةِ لِلطَّلَاقِ قَوْلَانِ ، وَعَلَى أَلَّا يَهْدِمَ فَقِيلَ : أَقْصَى الْأَجَلَيْنِ ، وَقِيلَ : تَأْتِفُ بَعْدَهُ عِدَّةٌ...

يعني : وإن ألحق بالنكاح في العدة فإن كان وطئها بعد حيضة فإن ذلك الوضع يبرئها من الاستبراء ، وهو معنى قوله : (**أَثَرَ الْفَاسِدِ**) ثم هل يهدم هذا الوضع أثر العدة ؟ لا يخلو إما أن تكون العدة الأولى من وفاة أو طلاق ، فإن كانت من وفاة فقال المصنف وغيره : لا يهدمها هذا الوضع بالاتفاق .

وحكى بعضهم فيها خلافا كالمعتدة من الطلاق . وهذه الطريقة الأولى ؛ لأن المثبت أولى ممن حكى الخلاف .

أبو محمد : عن أشهب فإنه حكى عنه في المنعي لها زوجها أن الوضع من الآخر يبرئها منهما ، قال : وهو خلاف قولهم كلهم .

فإن قلت : كيف يصح قوله : (**وَلَا يَهْدِمُ فِي الْعِدَةِ لِلوَفَاءِ**) ولا يمكن أن يكون أقصى الأجلين إلا الحمل ، فإن الفرض أن الحمل محكوم له بأنه من الثاني ، ولا يحكم به أنه من الثاني إلا بعد كونه آتياً بعد ستة أشهر ، وعلى هذا فيكون الحمل هو أقصى الأجلين ، ويصح قوله أن : (**وَضَعُهُ مِنَ الْفَاسِدِ ... لَا يَهْدِمُ فِي الْمُعْتَدَةِ لِلوَفَاءِ**) .

فالجواب : أنه يتصور في المنعي لها زوجها إذا اعتدت وتزوجت وحملت من الثاني ثم ثبت أنه لم يمت أولاً وإنما مات الآن ، وفسخ نكاح الثاني لأنه نكح ذات زوج ، فإن وضعت قبل تمام أربعة أشهر وعشر من يوم موت الزوج الأول لم تحل حتى تنقضي الأربعة أشهر وعشر ، وإن انقضت الأربعة أشهر وعشر قبل وضع الحمل بأن تبين موت الأول وهي في أول الحمل لم تحل حتى تضع حملها ، والله أعلم .

وقوله : (**وَفِي الْمُعْتَدَةِ مِنَ الطَّلَاقِ قَوْلَانِ**) يعني : وهل يهدم الحمل اللاحق بالنكاح الفاسد عدة الطلاق ؟ قولان .

والقول بالهدم مذهب «المدونة» ^(١) عند غير واحد من الشيوخ ؛ لأن فيها : وأما الحامل فالوضع يبرئها من الزوجين جميعاً؛ فظاهره: وإن كان من الآخر .

وصرح بعضهم بذلك في اختصاره «للمدونة» وهو قول ابن القاسم في «مختصر ابن أبي زيد» ، ورواية أشهب في «الموازية» وضعفه محمد .

والقول بأنه لا يبرئها ولا بد لها من ثلاث حيض لأصبع ، والأول أظهر لأن العدة شرعت لبراءة الرحم ، ومع الوضع تتحقق البراءة، ورأى أصبغ أن عدة الطلاق أيضاً فيها ضرب من التعبد، ولولا ذلك لاقتصر على قرء واحد، وعلى الأول إنما تبرأ بالحمل إذا كان بشبهة، وأما إذا كان بزنى صراح فإنه لا يبرئها ذلك من عدة وجبت عليها، وقاله ابن القاسم، لكن اعترضه أبو إسحاق وقال: لا ينبغي أن يفرق في ذلك إذ القصد براءة الرحم.

وقوله : (وَعَلَىٰ آلَا يَهْدِمُ... إلخ) يعني : وإذا فرعنا على القول بعدم الهدم فعليها أقصى الأجلين ، أي لا تكتفي بالحمل وتنتظر بقية الأقراء، وهذا من المواضع التي أطلق فيها المصنف الأقصى بالمجاز ، وهذا القول هو المعروف ، والقول بأنها تستأنف ثلاث حيض نقله صاحب «النوادر» ^(٢) ، لكن قال عبد الحق ^(٣) : لا يصح ما نقله أنها تستأنف ثلاث حيض ، ولفظه في الأمهات : لم يكن لها بد من بقية الثلاث .

ابن يونس : وهذه العبارة هي الصواب لأن الحمل لا يكون من الآخر إلا أن يتزوجها بعد حيضة وتضعه بعد ستة أشهر فأكثر ، فقد مضت لها حيضة فتتم بقية الثلاث حيض .

وفي «التنبيهات» ما وقع من نقل بعضهم: أنها تستأنف ثلاث حيض بعد الوضع فإنما معناه أنها لم تحض قبل . قيل : ولا يقول أحد أن الوضع يهدم ما مضى من عدتها ، فإن قلت هذا ليس بظاهر لأنه إنما يلحق بالثاني بعد الحيضة ، قيل : يحتمل أن يكون ذلك قبلها ويكون الأول نفاه ، فإنه حينئذ يلحق بالثاني كما قال المصنف في المسألة التي تليها .

ابن عبد السلام : القول باستئناف الثلاث ذكره محمد واختاره ، وظاهره: أن النفاس في هذه الصورة لا يقوم مقام حيضة ، وقال بعضهم: بل يقوم مقامها ، وهو الأظهر عندي . انتهى .

(١) «تهذيب المدونة» (١/ ٤٣٠) .

(٢) «النوادر والزيادات» (٢/ ٤٢٣) .

(٣) «النكت والفروق» (١/ ٢٥٧) .

وَمَهْمَا أَتَتْ غَيْرَ الْمَرْئِيَّ بِهَا بَوْلَدَ يَحْتَمِلُهُمَا ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ حَيْضَةٍ لَحِقَ بِالثَّانِي إِلَّا أَنْ يَنْفِيَهُ بِاللَّعَانِ فَيَلْحَقُ بِالْأَوَّلِ ، وَلَا تَلَاعِنُ هِيَ لِأَنَّهُ نَفَاهُ إِلَى فِرَاشٍ ، فَإِنْ نَفَاهُ تَلَاعَنًا ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ حَيْضَةٍ فَالْأَمْرُ بِالْعَكْسِ...

جرت عادة غير المصنف بفرض هذه المسألة في النكاح في العدة ، وأتى المصنف بعبارة شاملة لها ولغيرها ، فإن قوله : (غَيْرُ الْمَرْئِيَّ بِهَا) يدخل فيه النكاح في العدة والموطوءة باشتباه ، ولا يقال : يدخل في كلامه الأمة المشتركة إذا وطئها الشريكان كما أشار إليه ابن عبد السلام ؛ لأن قوله بعد : (هَذَا حُكْمُ النِّكَاحِ) يردّه ، وأخرج بقوله : (غَيْرُ الْمَرْئِيَّ بِهَا) الزانية والمغتصبة ، ومعناه : إذا تزوجت المعتدة ثم أتت بولد لما يحتمل أن يكون لكل واحد من الواطئين بأن تأتي به لستة أشهر فأكثر من وطء الثاني ، فإن كان وطء الثاني لها بعد حيضة لحق الولد بالثاني ؛ لأن الحيضة تدل على براءة رحمها من الأول ، وهذا مذهب «المدونة» وهو المشهور .

وروى المدنيون عن مالك : يلحق بالأول ولو وطئها الثاني بعد حيضة أو حيضتين لصحة ماء الأول وفساد وطء الثاني .

وقوله : (إِلَّا أَنْ يَنْفِيَهُ بِاللَّعَانِ فَيَلْحَقُ بِالْأَوَّلِ) تصوره ظاهر ولا تلاعن هي ؛ لأنه لم يرمها بزنى ، وإنما نفاها إلى فراش ، فإن نفاها الأول أيضاً التعنّت حيثئذ ؛ لأنه لم يبق من يلحق به هذا الولد ، وهذا معنى قوله : (فَإِنْ نَفَاهُ تَلَاعَنًا) .

قوله : (وَإِنْ كَانَ قَبْلَ حَيْضَةٍ فَالْأَمْرُ بِالْعَكْسِ) أي : فيلحق بالأول إلا أن ينفيه بلعان فينتفي عنه ويلحق بالثاني ، ولا تلاعن هي إلا أن ينفيه الثاني أيضاً فحيثئذ تلاعن . وعلى ما رواه المدنيون إذا نفاها الأول تلاعن لأنه لا يلحق بالثاني ، وإذا ألحق بالأول فإنها تحرم على الثاني لكونه وطئها في العدة ، قاله في «المدونة»^(١) .

تنبيهان :

الأول : قد تقدم أن قول (غَيْرُ الْمَرْئِيَّ بِهَا) يشمل المعتدة والموطوءة باشتباه ، ولم أرَ هذا الحكم في المشتبهة .

الثاني : احترز المصنف بقوله : (يَحْتَمِلُهُمَا) مما لو أتت به لأقل من ستة أشهر من

وطء الثاني ، فإنه لا يلحق بالثاني أصلاً ويلحق بالأول إلا أن ينفيه بلعان .

ابن القاسم : وفي معنى الستة ما إذا كان الشهر السادس تسعةً وعشرين ولا يلحق في أنقص من ذلك .

وقال ابن دينار : يلحق به وإن نقص ليلتين أو ثلاثاً قدر ما بين الأهلة .

عياض : وقد وقعت قديماً لفاس مسألة في امرأة جاءت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يوماً هل يلحق به أم لا ؟ واختلف فيها فقهاء بلدنا أيضاً ، والصواب : ألا يلحق به ؛ إذ لا يصح توالي ستة أشهر نقص ، وبه أفتى أحمد ابن القاضي ومحمد بن العجوز وغيرهما ، وخالفهما أبو علي السبتي .

ثُمَّ مَنْ اسْتَلْحَقَهُ لِحَقِّ بِهِ، وَيُحَدُّ إِنْ كَانَ الْمُسْتَلْحَقُ الْمُلَاعِنَ الثَّانِي، وَقِيلَ : الْمُسْتَلْحَقُ مِنْهُمَا يُحَدُّ...

لا خفاء فيما ذكره أن من استلحقه منهما يلحق به كما في سائر مسائل اللعان .

ابن المواز : فإذا استلحقه أحدهما فلا دعوى للثاني فيه ، ولو ادَّعاه الأول قبل لعان الثاني لم يقبل منه ؛ لأنه ابن الثاني ، ولو استلحقه كلاهما بعد التعانها كان الأول أحق به وتحرم على الثاني للأبد ، سواء التعن أم لا ؛ لأنه ناكح في عدة .

سحنون : ولا تحرم على الأول - وإن التعن - لأنه لم تلاعنه كالتي تغتصب فينفي الزوج حملها ، أنه يلاعن ولا تحرم عليه ، وقال أصبغ : إن تلاعنا جميعاً حرمت على الأول والثاني ، وقال عبد الحميد ، وابن عبد السلام : إذا استلحقاه فإنه يكون لمن يقتضي الحكم إلحاقه به لو لم يكن لعاناً ، فإن كان بعد حيضة لحق بالثاني ، وإن كان قبلها فبالأول .

ابن عبد السلام : هكذا نصوا ، وينبغي أن يحمل على ما إذا استلحقاه في زمان واحد ، وأما إن تقدم أحدهما فيلحق بالمستلحق الأول ، فانظره مع كلام ابن المواز .

وقوله : (وَيُحَدُّ...إِلَخ) يعني : ويحد المستلحق إن كان هو الملاعن الثاني ؛ لأنه هو الذي نفاه إلى غير فراش ، وأما إن استلحقه الملاعن الأول فإنه لا حد عليه ؛ لأنه إنما نفاه لفراش ، وهذا قول محمد .

وقوله : وقيل : (الْمُسْتَلْحَقُ مِنْهُمَا يُحَدُّ) أي : سواء كان الأول أو الثاني ، وهو قول

أصبغ واستصوبه التونسي ، قال : لأن لعانهما لهما .

هَذَا حُكْمُ النِّكَاحِ ، وَأَمَّا الْقَافَةُ فَنَحْنُ الْأُمَّةُ يَطَاهَا السَّيِّدَانِ فِي طَهْرٍ .

يعني : أن الحكم الذي ذكره خاص بالنكاح ، وليس في الحرائر قافة وإنما القافة في الإمام ، وهذا هو المشهور ، وروى عن مالك أنه يعمل به في الحرائر أيضاً ، واختاره للبخمي وغيره . والقافة جمع قائف .

أبو عمران : وإنما اختصت القافة بالإماء على المشهور لأن الأمة قد تكون بين جماعة فيطوونها في طهر واحد ، فقد تساوا في الملك والوطء . وكذلك ما حكم به عمر رضي الله عنه في وطء الزنا في الجاهلية لتساوي الوطء ، وليس أحدهما أقوى من الآخر .

وكذلك الأمة إذا ابتاعها رجل وقد وطئها البائع ووطئها المبتاع في ذلك الطهر ؛ لأنهما استويا في ذلك الملك ، وأما الحرة فإنها لا تكون زوجاً لرجلين في حالة واحدة ، فلا يصح فيها فراشان متساويان ، وأيضاً ولد الحرة لا يتنفي إلا بلعان ، وولد الأمة ينتفي بغيره .

والنفي بالقافة إنما هو ضرب من الاجتهاد ، فلا ينقل ولد الحرة من اليقين إلى الاجتهاد ، ثم من ألحقته القافة لحق به ، فإن قالت : هو منهما ، فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أن الاشتراك في الماء لا يصح ، ويصير إلى أن يبلغ فيوالي من شاء منهما .

وسياتي من كلام المصنف آخر أمهات الأولاد في هذه المسألة أربعة أقوال .

فرع :

فإن قالت القافة : ليس هو لواحد منهما ، قال أصبغ : تغير عليه القافة ، فإن استوى كلامهم وهما مقران بالوطء وإلا أيهما شاء ، وقال سحنون : يدعى له آخرون ثم آخرون ، هكذا أبداً حتى يلحقه بعضهم بأحدهما ؛ لأن القافة إنما دعيت لتلحق لا لتنفي .

وهل يُجتزأ بقائف واحد ، وهو الذي رواه ابن حبيب عن مالك ، وشرط في الرواية أن يكون عدلاً ، أو لا يجتزأ إلا باثنين ، وهو الذي رواه ابن نافع عن مالك بناء على إلحاقه بباب الخبر أو بباب الشهادة ؟

بعض الشيوخ : والقياس أن يحكم بقائف واحد وإن لم يكن عدلاً ؛ لأنه علم يؤديه وليس من طريق الشهادة ، كما يقبل قول النصراني الطبيب فيما يحتاج إلى معرفته من ناحية الطب .

زاد التونسي : وكذلك اختلف في الترجمان والناظر في العيوب هل يُجتزأ بواحد أو لا بد من اثنين ؟

وَالْمُشْتَرَاءُ فِي الْعِدَّةِ عَلَيْهَا أَقْصَى الْأَجَلَيْنِ مِنْ حِينَ الشَّرَاءِ .

يعني : سواء كانت معتدة من وفاة أو طلاق ، أما المعتدة في الوفاة ففي «المدونة»^(١) : إن حاضت قبل شهرين وخمس ليال لم يطأها حتى تنقضي عدتها ، وإن تمت عدتها ولم تحض فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر وحست من نفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء ، وأما المطلقة فأشار إليها بقوله :

فَلِذَلِكَ لَوْ كَانَتْ مُطَلَّقةً فَتَأَخَّرَ حَيْضُهَا اعتبرت ثلاثة أشهرٍ مِنْ حِينَ شَرَائِهَا ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَى سَنَةِ الْعِدَّةِ...

لأنها إذا طلقت وهي مرتابة بتأخير الحيض فعدتها سنة كما تقدم واستبأؤها بثلاثة أشهر كما تقدم فتنتظر أقصى الأجلين ، فإن بيعت وقد بقي من العام ثلاثة أشهر فقد دخل الاستبراء في العدة ، وإن بيعت وقد بقي من السنة يوم دخل يوم من الاستبراء في العدة .
خليل : ولو قيل : يكتفي بالسنة على الاستبراء لكان قولاً حسناً ؛ لأن الاستبراء معقول المعنى ، وقد حصلت براءة الرحم بالسنة ، والله أعلم .

وَمَنْ أَعْتَقَ لَمْ يَسْتَبْرِئْ لِنِكَاحِهِ عَنْ وَطْئِهِ .

يعني : إذا كانت له أمة يطأها ثم أعتقها وأراد أن يتزوجها لم يستبرئ لنكاحه ؛ لأن وطأه أولاً صحيح ، والاستبراء إنما يكرن عن الوطء الفاسد ، وسمعت ممن أثنى به أن في المسألة قولاً آخر بالاستبراء ، ولم أره الآن وهو أظهر ، ليفرق بين ولده من وطء الملك فإنه ينتفي بمجرد دعواه من غير يمين على المشهور ، وبين ولده من وطء النكاح فإنه لا ينتفي إلا بلعانه .

وَمَنْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ بَعْدَهُ لَمْ يَسْتَبْرِئْهَا لِحُلِّ وَطْءِ الْمَلِكِ .

يعني : أن الإنسان إذا كان متزوجاً لأمة ثم اشتراها فليس عليه استبراء ؛ لأنه إن لم يدخل بها فواضح إذا لا وطء منه ولا من غيره حتى يجب الاستبراء منه ، وإن دخل

(١) «المدونة» (٥/٤٢٥) .

فوطؤه صحيح والماء ماؤه ، وهو ماء صحيح في وطء صحيح .

عياض : وقال ابن كنانة : في غير المدخول بها يستبرئها ، وانظر ما حكاه القاضي عن ابن كنانة هل معناه وإن كانت بعد البناء لم يحتج إلى استبراء أو إنما تحتاج إليه بعده من باب الأولى ، ويكون نبه بالأخف على الأشد وهو الظاهر ، وذكر أن الولد إذا أحدث بعد الملك كانت به أم ولد باتفاق .

واختلف إذا حملت به في النكاح وولده بعد الشراء هل تكون به أم ولد أو لا ؟ فتحتاج إلى الاستبراء ليحصل العلم هل هي أم ولد أو لا ؟

فَلَوْ بَاعَ الْمَدْخُولُ بِهَا أَوْ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا أَوْ عَجَزَ الْمَكَاتِبُ قَبْلَ وَطْءِ الْمَلِكِ لَمْ تَحِلَّ لِلْسَيِّدِ وَلَا لِلزَّوْجِ إِلَّا بِقُرْعَيْنِ عِدَّةِ فسخ النِّكَاحِ ، وَكَانَ يَقُولُ : حَيْضَةٌ . ثُمَّ رَجَعَ ...

يعني : فلو باع هذا الزوج الذي اشترى زوجته وكان قد دخل بها أو أعتقها أو مات عنها قبل أن يطأها بالملك ، أو كان هذا الزوج مكاتباً اشترى زوجته فعجز فرجعت إلى سيده قبل أن يطأها المكاتب لم تحل واحدة منهن لزوج إن تزوجت أو لسيد إن حصلت إلا بعد قرعين عدة فسخ النكاح ، وكان مالك يقول في كل من اشترى زوجته من حر أو عبد ثم باعها أو أعتقها أنه يستبرئها بحيضة ثم رجع عنه إلى حيضتين ، ذكر ذلك في «المختصر الكبير» ، وكتاب ابن المواز .

وبالمرجع إليه أخذ ابن القاسم ، ولكنه في «المدونة» إنما ذكر مسألة المكاتب ، قيل : وسبب الخلاف : هل هي من ملك ولم يفعل كمن فعل ، وذلك أن المكاتب ونحوه قد ملك أن يطأ فهل يعد كأنه وطئ أم لا ؟

عياض : وقيل : سببُ الخلاف : الخلافُ في المطلوب في الفسوخ هل هو استبراء أو عدة ؟

أبو الحسن وغيره : وإذا بنينا على القول المرجوع إليه فالحيضة الأولى هي التي للمواضعة وبراء بها المبتاع ، والثانية إنما هي لتتميم عدة فسخ النكاح وضمانها حيثئذ من المشتري ، وكتب ابن عتاب : أن المواضعة في الحيضتين معا ، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين .

ونص ما في «كتاب ابن عبدوس» : وذلك أنه إن ظهر بها حمل فيهما صارت أم ولد

للبنات ، وقول المصنف : «عدة» مجرور إما بدل أو عطف بيان من قرئين .

وَبَعْدَهُ بِحَيْضَةٍ لَّأَنَّ وَطَأَهُ فَسَخَّ لِلْعِدَّةِ .

الضمير المجرور ببعده عائد على الوطء ، يعني : وإن باع المدخول بها أو مات عنها أو أعتقها بعد أن وطئها اكتفت بحيضة ؛ لأن وطأه هادم لعدة فسخ النكاح ، ولما كان المطلوب في الفرع الأول على القول المرجوح إليه إنما هو عدة ، قال المصنف : بقرئين ؛ لأن الأقراء هن الأطهار بخلاف المطلوب هنا فإنه استبراء محض ، فلذلك قال : بحيضة ، ولم يقل : بقرء ؛ لأنه تقدم أن المطلوب به في الاستبراء حيضة على المشهور .

إِلَّا أَنْ يَحْصُلَ قَبْلَ ذَلِكَ حَيْضَةٌ أَوْ حَيْضَتَانِ فَتَحِلُّ بِحَيْضَةٍ .

الاستثناء راجع إلى صدر المسألة - أعني : محل القرئين - والإشارة بذلك عائدة على البيع والعتق والموت ، وعجز المكاتب المفهومة من قوله : (فلو باع المدخول بها أو أعتقها أو مات عنها أو عجز المكاتب) يعني : إلا أن تحصل قبل انتقال الملك بأحد تلك الوجوه حيضة أو حيضتان فتحل بحيضة ؛ لأنه إن حصل قبل ذلك حيضة كانت هذه الحيضة التي تحل بها مكملة للعدة ونائبة عن الاستبراء ، وإن كان الحاصل قبل ذلك حيضتان كانت هذه الحيضة استبراءً فقط .

وَمَتَّى التَّبَسُّ الْأَمْرُ فَالْأَخْوَطُ كَالْمَرَأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً ، ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ وَلَمْ تَبَيَّنْ فِيهِمَا فَعِدَّتُهُمَا أَقْصَى الْأَجَلَيْنِ فَإِنْ تَبَيَّنَتْ فَكَالْمُطْلَقَةِ ...

الكلام المتقدم في التداخل هو باعتبار موجبين ، والكلام الآن إذا كان الموجب واحداً ولكنه التبس بغيره ، ثم التباسه إما أن يكون من جهة محل الحكم وإما من جهة سببه ، ومثل المصنف للأولين بمثالين أشار إلى الأول بقوله : (كَالْمَرَأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ) وإلى الثاني بقوله : (أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً) يعني : إذا كانت له امرأتان إحداهما بنكاح فاسد كما لو تزوج أختين من الرضاع ولم تدر السابقة منهما ، ثم مات الزوج فتعتد كل واحدة منهما بأربعة أشهر وعشر وبثلاثة قروء ؛ لأن الحكم فيهما لو علمت السابقة أن تعتد بأربعة أشهر وعشر ، وتعتد الأخرى بثلاثة قروء ، لكن لا يعلم ذلك طلب في كل واحدة مجموع الأمرين إذ لا تتحقق حليتهما للأزواج إلا بذلك ، والتعليل في المسألة الثانية كالأولى .

وقوله : (ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ) هو عائد للمسألتين معا .

وقوله : (وَلَمْ تَبَيَّنْ) أي : المنكوحة نكاحاً فاسداً أو المطلقة فيهما ، أي في المسألتين .

وقوله : (فَعَدَّتُهُمَا أَقْصَى الْأَجَلَيْنِ) واضح .

وقوله : (فَإِنْ تَبَيَّنَتْ) أي : المنكوحة نكاحاً فاسداً (فَكَالْمُطَلَّقةِ) أي : فإن مات عنها

قبل البناء فلا شيء عليها ، وإن مات بعده تربصت ثلاثة قروء ، ثم أخذ يتكلم على الالتباس من جهة سبب الحكم ، فقال :

وَكَالْمُسْتَوْلَدَةِ الْمُتَزَوِّجَةِ يَمُوتُ السَّيِّدُ وَالزَّوْجُ وَلَمْ يُعْلَمْ السَّابِقُ مِنْهُمَا ، فَإِنْ احْتَمَلَ مَا بَيْنَهُمَا عِدَّةُ الْأُمَةِ فَارْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ مِنْ مَوْتِ الثَّانِي ، وَحَيْضَةٌ فِيهَا أَوْ إِلَى تَمَامِ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ وَهَذَا عَلَى أَنَّ اسْتِبْرَاءَ الْمُسْتَوْلَدَةِ بِذَلِكَ لَا عَلَى أَنَّهُ ثَلَاثَةٌ أَوْ سِتَّةٌ وَإِنْ لَمْ يَحْتَمَلْ فَارْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ مِنْ مَوْتِ الثَّانِي ، وَحُكْمُ الْحَيْضَةِ مَا فِي عِدَّةِ الْحُرَّةِ لِلوَفَاةِ ، وَلَا بُدَّ مِمَّا تَحِلُّ بِهِ الْأُمَةُ الْمُعْتَدَّةُ مِنَ الْوَفَاةِ مِنْ مَوْتِ الْأَوَّلِ ...

يعني : إذا زوج الرجل أم ولد ثم غاب عنها سيدها وزوجها وماتا ، وعلم أن أحدهما

مات قبل الآخر لكن لم يعلم السابق منهما ، فلذلك صورتان :

الأولى : أن يكون بين موتيهما أكثر من شهرين وخمس ليال ، وهو معنى قوله : (فَإِنْ

احْتَمَلَ مَا بَيْنَهُمَا عِدَّةُ الْأُمَةِ) . وانتهى كلامه على هذه الصورة عند قوله : (ثَلَاثَةٌ أَوْ سِتَّةٌ) .

والصورة الثانية : ألا يكون بين موتيهما شهران وخمس ليال ، وهو معنى قوله : (وَإِنْ

لَمْ يَحْتَمَلْ ... إلخ) ، وإنما طلبت في الأولى بأربعة أشهر وعشر وحیضة ؛ لأنه على تقدير

احتمال موت السيد أولاً لا يلزمها بسببه شيء لأنه مات عنها وهي في عصمة زوج ولم

تحل لسيدها ، لكن يجب عليها أربعة أشهر وعشر ؛ لأن زوجها مات عنها وهي حرة ،

وعلى احتمال موت الزوج أولاً تجب عليها العدة منه بشهرين وخمس ليال ؛ لأنه مات

عنها قبل سيدها لكن يجب عليها الاستبراء بحيضة ؛ لأنها قد حلت للسيد إذ الفرض أن

بين موتيهما مقدار العدة ، فلأجل ذلك لا تحل إلا بمجموع الأمرين أربعة أشهر وعشر

وحیضة ، فإن أنتها الحيضة في أربعة أشهر وعشر وإلا انتظرتها إلى تسعة أشهر ، فإن لم

تأتها ولم تحس برؤية حلت ، وهذا معنى قوله : (وَحَيْضَةٌ فِيهَا أَوْ إِلَى تَمَامِ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ) .

واختلف الشيوخ في الشهرين وخمس ليال ، هل لها حكم أكثر منها ؟ وبه فسر «المدونة» ابن يونس^(١) ، أو الأقل وإليه ذهب ابن شبلون ؛ لأنه لم يمض وقت تحل فيه للسيد ، ولو جهل مقدار ما بينهما هل أقل أو أكثر لكانت كما لو تحقق أنه أكثر ولزم الأخذ بالأحوط . قاله بعض الشيوخ .

قوله : (وَهَذَا) أي : ما قلنا من الرفع إلى تسعة أشهر إنما هو أن تُستبرأ أم الولد إذا توفي عنها سيدها وارتابت بتأخير الحيض تسعة أشهر لا على القول بأنها ترفع ثلاثة أشهر ، فإنها على هذا القول تكتفي بأربعة أشهر وعشر لدخول الثلاثة فيها ولا على أنها ترفع إلى ستة أشهر فإنها تستغني بستة أشهر .

وهذا القول الذي قدمه عن ابن القاسم بقوله : وكان يقول : إن كانت تحيض كل ستة أشهر انتظرتها . وكلام المصنف يوهم أن ابن القاسم يقصد خصوصية الستة ، وإنما قال ذلك على طريق المثال كما تقدم ، واعلم أن ما قاله المصنف من أنها على القول بأنها تكتفي بثلاثة أشهر تكتفي هنا بالأربعة أشهر وعشر ، هو قول غير واحد من القرويين ، ورد ابن يونس بأن القول بالاكْتفاء بالثلاثة إنما هو في الأمة القن إذا ارتابت ، والحيضة في أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه إياها عدة لقوة الاختلاف فيها بخلاف الأمة ، وإذا كانت عليها عدة من سيدها وعدة من زوجها وجب أن تطالب بأقصى الأجلين ، كقول ابن القاسم فيمن تزوجت في عدة وفاة ودخل بها ، وصححه عياض .

خليل : وإنما يظهر أثر اشتراط الحيضة فيما إذا احتمل على قول من لا يراعي الحيضة في عدة الوفاة ، وأما من يعتبرها - كأشهب وأحد قولي ابن القاسم - فإن حيضة استبرئها تدخل في الحيضة المسترطة في العدة .

وقوله : (وإن لم يحتمل) هذه هي الصورة الثانية ، يعني : فإن لم يكن بين موتها شهران وخمس ليال بل أقل من ذلك فعليها أربعة أشهر وعشر لاحتمال موت الزوج بعد موت السيد ، وعلى احتمال موت الزوج أولاً فعليها شهران وخمس ليال وهي مندرجة في الأربعة ، فلذلك اكتفت بأربعة أشهر وعشر ولم تحتج إلى حيضة الاستبراء ؛ لأنها إنما احتاجت إليها في المسألة السابقة لكونها حلت للسيد ، وهاهنا لم تحل له ؛ لأنه وإن مات زوجها أولاً فهي معتدة منه .

وقوله : (وَحُكْمُ الْحَيْضَةِ... إلخ) يعني : فيحتاج إليها على قول أشهب ، ولا يحتاج إليها على قول عبد الملك ، ويفرق على المشهور .

ابن عبد السلام : واختلف حذاق الشيوخ هل طلب الحيضة في عدة الوفاة في حق من كانت عاداتها أن تحيض في أقل من زمان العدة عام في كل معتدة أو لا يحتاج إليها هنا لرفع الرية في تلك العدة فصارت من باب اعتبار الشك المركب ، وقد تقدم إطراره في الفقهيات لأنه من الوسوس ؟

قوله : (وَلَا بُدَّ مِمَّا تَحِلُّ بِهِ الْأُمَةُ الْمُعْتَدَةُ مِنَ الْوَفَاةِ) .

ابن راشد : هذا الموضع مشكل ؛ لأن فرض المسألة أن الأول مجهول ، فإن فرضنا أن الأول هو الزوج فهذه تعتد عدة الأمة ، وتقدم الخلاف هل لا بد من حيضة أو تحل بثلاثة أشهر أو تحل بانقضاء العدة ؟

وإن كان السيد هو الأول فعدتها أربعة أشهر وعشر ، ويختلف هل تحل أم لا تحل حتى تحيض - كما سبق - فأى فائدة في ذكره فتأمله ؟

خليل : ويحتمل أن يكون أشار بذلك إلى أنها تتربص تسعة أشهر على قول ، وذلك لأنه قدم أن الأمة قد لا تحل بمجرد مضي عدتها بل لا بد مما تحل به الأمة .

وقد تقدم أن في ذلك قولين :

أحدهما : أنها تتربص تسعة أشهر .

والثاني : أنها تتربص ثلاثة .

فعلى الأول أنها تتربص تسعة لا بد لهذه المستولدة من تسعة إذا ضعف أمرها أن تكون كالأمة ، والله أعلم .

فرع :

ولا ترث أم الولد من زوجها شيئاً في الصورتين لاحتمال موت الزوج قبل موت السيد ، قاله في «المدونة»^(١) وغيرها .

الإحْدَادِ : وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ زَوْجَةٍ لِلْوَفَاةِ خَاصَّةً وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً دُونَ الطَّلَاقِ .

أبو زيد وأبو عبيد : يقال : حدت المرأة فهي حاد ، وأحدت فهي محد ، ولم يعرف الأصمعي (حدث) وأصله من حاددت الرجل من كذا إذا منعت ، ومنه الحدود الشرعية من الجلد والرجم والقطع ؛ لأنها تمنع أن يؤتى مثل ذلك الفعل ، ومنه أيضاً الحدود للماهيات لأنها تمنع من أن يدخل في تلك الماهية غيرها ، ولذلك قيل للبواب : حداد لأنه يمنع غيره ، والدليل على وجوبه في عدة الوفاة ما في الصحيحين وغيرهما عن أم عطية أن رسول الله ﷺ قال : « لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا إذا طهرت نبذة من قسطٍ وأظفار » (١) .

قيل : والعصب ثياب من اليمن فيها بياض وسواد ، والنبذة - بضم النون - القطعة والشيء اليسير ، والقسط - بضم القاف - والأظفار نوعان من البخور ، ورخص فيه في الطهر من الحيض لتطيب المحل وإزالة كراهته ؛ ولهذا الحديث ونحوه قصد مالك الإحداًد على عدة الوفاة ، وحكمة مشروعيته الإبعاد مما تراد المرأة له صوتاً للأنساب .

مطرف وابن ماجشون : وإن ارتابت فعليها الإحداًد حتى تنقضي الريبة وإن بلغت إلى خمس سنين ، قال : وكذلك سمعنا مالك يقول .

قوله : (وإن كانت صغيرة) يريد : وإن كانت في المهد ويجنبها أهلها ؛ لأنها لما وجبت عدة الوفاة على الصغيرة والكبيرة وجب عليها الإحداًد ، ودخل في قوله : (كُلُّ زَوْجَةٍ لِلْوَفَاةِ) الأمة والحرة ، وهو صحيح .
وفي زَوْجَةِ الْمَفْقُودِ الْكِتَابِيَّةِ قَوْلَانِ .

المشهور مذهب «المدونة» وجوب الإحداًد عليهما ، ولم يوجب عبد الملك وسحنون على امرأة المفقود ؛ لأن الرجل لم يتحقق وفاته بدليل أنا لا نقسم ميراثه ، واختار اللخمي : أن يكون عليها أقصى الأجلين ، والقول بعدم وجوب الإحداًد على الكتابية رواه ابن نافع عن مالك ، وبه قال هو وأشهب ، إما لأنها لم تدخل في قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر » ، وإما بناء على أن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة كما أشار بعضهم ، وقد يقال : إن المشهور وقول ابن نافع مبنيان على الخلاف في عدتها ،

(١) أخرجه البخاري (٣٠٧)، ومسلم (٩٣٨) .

هل تعتد بأربعة أشهر وعشر أو بثلاث حيض، فالمشهور مبني على الأول، وقول ابن نافع مبني على الثاني.

وَهُوَ تَرَكُ الزَّيْنَةِ الْمُعْتَادَةِ فَلَا تَتَحَلَّى وَلَوْ بِخَاتَمٍ ، وَلَا تَتَطَيَّبُ ، وَلَا تَدَهْنُ بِالْأَذْهَانِ الْمُطَيَّبَةِ بِخِلَافِ الشَّيْرَقِ وَالزَّيْتِ...

لما ذكر أن الإحداد واجب أتبعه بالكلام على حقيقته، ولما كان ترك التحلي والتطيب من نتيجة قوله: (تَرَكُ الزَّيْنَةَ) أدخل الفاء في قوله: (فَلَا تَتَحَلَّى وَلَوْ بِخَاتَمٍ، وَلَا تَتَطَيَّبُ).

عيسى: وسواء كان ذلك الخاتم فضة أو ذهباً.

مالك في رواية محمد: ولا تلبس حلياً ولو كان حديداً، ولم ينص أصحابنا على الجوهر والياقوت.

الباجي^(١): وهو داخل تحت قوله في «الموطأ»: ولا تلبس خاتماً ولا خلخالاً ولا غير ذلك من الحلي.

محمد عن مالك: ولا تحضر عمل الطيب ولا تتجر فيه، وإن لم يكن لها كسب غيره حتى تحل.

ولو مات زوجها بعد أن مشطت رأسها فقال مالك: لا تنقض مشطها، أرأيت لو اختضبت.

قال في «البيان»^(٢): إن كانت امتشطت بغير طيب، وأما إن كانت امتشطت بطيب أو تطيبت في سائر جسدها فيجب عليها غسله كنزع الثوب المصبوغ إذا توفي زوجها وهي لابسة له، وكما يجب على الرجل إذا أحرم وهو متطيب أن يغسل الطيب عنه.

وقال بعض القرويين: إذا لزم المرأة العدة وعليها طيب ليس عليها غسله بخلاف الذي يحرم.

عبد الحق^(٣): لأن المحرم أدخل الإحرام على نفسه ولو شاء نزع الطيب قبل أن يحرم

(١) «المنتقى» (٤٧٤/٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (٣٦٩/٥).

(٣) «النكت والفروق» (٢٥٨/١).

أو آخر الإحرام حتى يذهب ، فلم يعذر لاختياره بخلاف العدة فإنه لا خيار للمرأة فيها ، والشيرق بكسر الشين المعجمة وآخره قاف ، ويقال بالجيم ويقال أيضاً بالحاء المهملة المفتوحة .

النوي : وهو بفتح الراء وليس بعربي ، وهو دهن السمسم .

وَلَا تَمْتَشِطُ بِحِنَّاءٍ وَلَا كَتَمٍ وَلَا بِمَا يَخْتَمِرُ فِي رَأْسِهَا .

قال في «المدونة»^(١) : يَأْثُرُ هَذَا : وَتَمْتَشِطُ بِالسَّدْرِ وَمَا لَا يَخْتَمِرُ فِي رَأْسِهَا .

عياض : والحناء ممدود ، والكتم بفتح التاء الوسمة التي يصبغ بها الشعر .

وقال أبو عبيد : بتشديد التاء ، وهو يذهب حمرة بياض الشعر ولا يسوده كما زعمه بعضهم ممن أخطأ في ذلك .

وَلَا تَدْخُلُ الْحَمَّامَ ، وَلَا تُطْلِي جَسَدَهَا .

هكذا قال أشهب : إنها لا تدخل الحمام ولا تطلي جسدها بالنورة ، ولا بأس أن تستحد . هكذا نقل اللخمي وابن يونس^(٢) عن أشهب .

ونقل ابن عبد السلام عن أشهب : أنها لا تدخل الحمام إلا من ضرورة ، ونقل عن غيره : أنها لا تدخله ، قال : وظاهره ولو مع الضرورة ، وأجاز لها ابن لبابة دخول الحمام ، وأجاز في «السليمانية» الإطلاء بالنورة .

مالك في «العتبية»^(٣) : ولا بأس أن تخرج إلى العرس ولا تنهياً بما لا تلبسه الحاد ولا تبيت إلا في بيتها ، ولا بأس أن تنظر في المرأة وتحتجم وتقليم أظفارها وتتنف إبطيها .

وَلَا تَكْتَحِلُ إِلَّا لِضُرُورَةٍ وَتَمْسَحُهُ نَهَاراً ، وَقِيلَ : وَلَا لِضُرُورَةٍ .

قال في «المدونة»^(٤) : ولا تكتحل إلا من ضرورة ، ولا بأس وإن كان فيه طيب ودين الله يسر .

زاد ابن مالك في «الموازية» : أنها تكتحل ليلاً وتمسحه نهاراً كما قال المصنف ، ومالك

(١) «المدونة» (٤٣٣/٥) .

(٢) «الجامع» (٤ / ٤٨٥) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٣٣٧/٥) .

(٤) «المدونة» (٤٣٣/٥) .

في «المختصر» أنها لا تكتحل بإئثم فيه طيب وإن اشتكت عينها .

الباجي^(١) : ويحتمل ما في «المختصر» أنها لم تضطر إلى الطيب .

الباجي^(٢) : وجدت لمالك ولم أتحققه أنها لا تكتحل بالإئثم ولا بشيء فيه سواد ولا صفرة ولا بما فيه طيب وإن اشتكت عينها ، ومعنى ذلك ألا تدعو إلى ذلك ضرورة ، وهذا على تأويل الباجي يرجع إلى الأول .

ونقل ابن عبد الحكم عدم الجواز ولو حصلت الضرورة ، ودليله « أن امرأة توفي زوجها فأتت أمها النبي ﷺ ، فقالت : إن بنتي اشتكت عينها أفأكحلها ؟ قال : لا . قالت : إني أخشى أن تنفق عينا ، قال : وإن انفقت »^(٣).

عبد الحق : وإسناده صحيح .

وفي «الموطأ»^(٤) أنه عليه الصلاة والسلام قال لامرأة معتدة اشتكت عينها : «اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه نهارا» .

ولعل تعارض الحديثين هو سبب الاختلاف هنا .

وَتَلَزَمُ الْمَسْكَنَ .

أي : وتلزم المتوفى عنها المسكن الذي توفي عنها زوجها فيه ، ونبه بهذا على قول ابن عباس وجابر أنها تعتد حيث شاءت ، ودليلنا ما رواه مالك وأبو داود والترمذي وصححه أن الفريعة بنت أخت أبي سعيد الخدري جاءت إلى النبي ﷺ تسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة ، فإن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا له حتى إذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه ، فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلي ، فإنه لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة . فقال لي رسول الله ﷺ : «نعم» . فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني أو أمر بي فدعيت ، فقال : «كيف قلت؟» فرددت عليه القصة التي ذكرت

(١) «المنتقى» (٤٧٥/٥) .

(٢) «المنتقى» (٤٧٥/٥) .

(٣) أخرجه البخاري (٥٠٢٤) ، ومسلم (١٤٨٨) من حديث أم سلمة رضي الله عنها .

(٤) أخرجه مالك (١٢٤٩) من حديث أم سلمة رضي الله عنها .

من شأن زوجي ، قالت : فقال : «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»^(١) واللفظ لأبي داود .

وَلَا تَلْبَسُ مَصْبُوعًا إِلَّا الْأَسْوَدَ وَالْأَدَكْنَ وَالْأَكْحَلَ إِلَّا أَنْ لَا تَجِدَ غَيْرَهُ .

هكذا وقع كما ترى أن الأدكن داخل في المستثنى ، ونحوه في «الجلاب»^(٢) ، فإنه قال : ولا بأس بلباس البياض والسواد والدكن والكحليات .

ومذهب «المدونة»^(٣) خلافه ، ففيها : ولا تلبس خزاً ولا ما صبغ من ثياب أو جباب حرير أو كتان أو قطن أو صوف وإن كان أخضر أو أدكن إلا أن لا تجد غيره ، وتكون بموضع لا تجد استبدالاً ، فإن وجدت بدلاً يبيع فليس ذلك لها .

للخمي : وكذلك إذا قدرت على تغيير صبغه بسواد ، ولا فرق في المصبوغ الممنوع بين الصوف والحرير وغيرهما .

ابن رشد : ولو رجع في أمر اللباس إلى الأحوال لكان حسناً ، فرب امرأة يكون شأنها لباس الخز والحرير فإذا لبست ثوب كتان أي لون كان فلا يكون زينة لها .

خليل : وعلى هذا فتمتنع الناصعة البياض من السواد فإنه يزينها ، وكذلك قال اللخمي أرى أن تمتنع من الثياب الحسنة وإن كانت بيضاء ؛ لأنها تزيد في الوضاعة ، وتنظر حينئذ لنفسها ويتشوف لها ، وكذلك الرفيع من السواد ، ولا أرى أن تمتنع الأخضر والأزرق والزيتي .

وَتَلْبَسُ الْأَبْيَضَ - وَلَوْ إِبْرِيْسَمًا - وَغَلِيظَ عَصَبِ الْيَمَنِ ، وَأَبْيَضَ الْخَزِّ وَأَسْوَدَهُ .

ما ذكره هو المشهور .

قال في «المدونة»^(٤) : وتلبس رقيق البياض كله [رقيقه]^(٥) وغليظه ، ومال غير واحد

(١) أخرجه مالك (١٢٢٩) وأبو داود (٢٣٠٠) والنسائي (٣٥٢٨) وفي الكبرى (٥٧٢٢) وأحمد (٢٧١٣٢) والدارمي (٢٢٨٧) وابن حبان (٤٢٩٢) والحاكم (٢٨٣٢) والبيهقي في الكبرى (١٥٢٧٥) وصححه الألباني - رحمه الله - .

(٢) «التفريع» (١١٩/٢) .

(٣) «المدونة» (٤٣٣/٥) .

(٤) «المدونة» (٤٣٣/٥) .

(٥) سقط من ط .

إلى المنع من رقيق البياض .

وَلَيْسَ بِشَرَطٍ فِي الْعِدَّةِ

يعني : وليس الإحداد شرطاً في العدة ، بل لو تركته أثمت وحلت بانقضاء العدة .

وَعَلَى مَنْ اشْتَرَى أَمَةً مُعْتَدَةً إِبْقَاؤُهَا فِي مَوْضِعِ اعْتِدَادِهَا ، وَيَجُوزُ إِخْرَاجُهَا نَهَاراً لِلْبَيْعِ ، وَلَا تَزَيْنُ بِمَا لَا تَلْبَسُهُ الْحَادُّ...

لأن بقاء المعتدة في موضع اعتدادها مأمور به ، فإذا احتاج سيدها للبيع جاز له إخراجها نهاراً كما جاز للحرّة أن تخرج لحوائجها طرفى النهار ، ولا يتركها تتزين بما لا تتزين به الحاد ، وإنما لم يكن للمشتري إخراجها لأنه حلّ محلّ البائع .

وَلِلْمُعْتَدَةِ الْمَدْخُولِ بِهَا مُطْلَقاً مِنْ وَفَاةٍ أَوْ طَلَاقٍ أَوْ خُلْعٍ أَوْ فُسْخٍ أَوْ لِعَانٍ السُّكْنَى .

يعني : أن للمدخول بها السكنى في العدة مطلقاً سواء كانت من وفاة أو طلاق أو خلع ، وعطفه الخلع على الطلاق من باب عطف الخاص على العام ، ولأنه قد يتوهم إسقاط السكنى لها لما بذلته ، ولينبه على أنه لا فرق في الطلاق بين البائن وغيره .

والمشهور في المتوفى عنها ما ذكره المصنف ، وروى ابن خويز منداد عن مالك سقوط السكنى لها ، وقاله ابن القصار ؛ لأن ملك الزوج للدار قد زال بموته ، وأسقط أحمد بن حنبل السكنى للبائن .

ودليلنا: قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق: ٦] ولم يذكر في ذلك شرطاً ، ثم قال في النفقة : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦] فشرط وجود الحمل .

وقوله : (أَوْ فُسْخٌ) أي: في النكاح الفاسد ؛ لأنها محبوسة من أجله ؛ ولأن الولد يلحق به كالصحيح .

قوله : (أَوْ لِعَانٍ) هو المشهور ، وقال القاضي إسماعيل : لا سكنى لها ، وهو اختيار ابن رشد لانقطاع الزوجية وأسبابها ، ولو آتت بولد لم يلحق به .

وإِنْ نَقَلَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا وَانْتَهَمَ رَجَعَتْ لِلأَوَّلِ .

يعني : إذا نقل الرجل زوجته من موضع سكنها المعروف إلى غيره ، واتهم على

إسقاط حق الله تعالى في السكنى ، كما لو طلقها فإنها ترجع إلى المنزل الأول ، ولم يكتفوا منه هنا باليمين .

فرع :

فإن كانت إقامتها في غير منزلها لحق آدمي مثل أن تكون ظئراً استؤجرت بشرط أن تكون في دار أبوي الصبي ، فمات الزوج عنها أو طلقها .

التونسي : فاعرف في هذا أنه تفسخ الإجارة وترجع إلى بيتها بخلاف حق الله تعالى من العكوف والإحرام .

وَأَمَّا غَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا يَمُوتُ زَوْجُهَا فَلَا سَكْنَى لَهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَسْكَنَهَا فَتَكُونُ كَالْمَدْخُولِ بِهَا...

لأنها إنما تعتد في موضع سكنها إلا أن يكون قد أسكنها فلها السكنى ، وسواء كانت كبيرة أو صغيرة لا يجمع مثلها ، قاله في «المدونة»^(١) ، وقيده أبو بكر بن عبد الرحمن بما إذا كان قد ضم الصغيرة إليه لا ليكفلها ، وأما إن أخذها ليكفلها ثم مات فليس لها .

ابن يونس^(٢) : وأظن أن ابن المواز ذكره ، وهو بين فاعلمه .

ابن الحارث : واختلفوا في الصغيرة التي لا يدخل بمثلها إذا أسكنها زوجها في حياته ثم مات ، فقال ابن القاسم : هي أحق بالسكنى حتى تنقضي العدة .

وقال سحنون : وكيف تكون أولى بالسكنى وإنما هو متطوع لها بها في حياته .

محمد : ولو اكرى لها منزلاً فجعلها فيه ونقد الكراء ، أو كان لنفسه فهي أحق به وإن لم يبن .

اللمخي : وليس هو أصل المذهب إلا أن يكون موته بعد أن صارت إلى ذلك المسكن .

وَلَا سَكْنَى لِلْأَمَةِ مَا لَمْ تَتَّبِعْ بَيْتًا .

يعني : إذا لم تتبأ بيتاً اعتدت في بيت سيدها ، وإن تبوأ فكالخرة ، وبالجمله فأحكامها بعد الموت أو الطلاق باعتبار السكنى كحالها في حال الزوجية .

بعض الأندلسيين : وهو يدل على أن سكنى المعتدة تبع لسكنى العصمة ، فيؤخذ منه أن الحرة إذا طاعت لزوجها بالسكنى في دارها دون كراء ثم طلقها فطلبت منه كراء أمد العدة أنه لا يلزمه السكنى ، وبهذا أفتى أبو عمر ابن المكوي وابن العطار والأصيلي ، وذهب ابن زرب وابن عتاب إلى أن عليه الكراء ، وإليه ذهب اللخمي ، وأفتى به المازري ؛ لأن المكارمة قد زالت بالطلاق .

وَلَوْ خَرَجَ بِهَا إِلَى الْحَجِّ فَمَاتَ أَوْ طَلَّقَهَا بَائِنًا أَوْ رَجَعِيَ رَجَعَتْ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مَا لَمْ تَبْعُدْ أَوْ تُحْرِمَ...

يعني : ولو سافر الزوج بزوجه فإما إلى الحج أو غيره ، فإن سافر بها إلى حجة الفريضة فما قاله المصنف قاله أبو بكر بن عبد الرحمن ، وأما غيره : فترجع إن بعدت كالسفر إلى الرباط ونحوه ، وسوى غيره بين الفرض والنفل بخلاف الغزو والرباط .
عياض : وفرق بين ذلك بفروق ضعيفة ، والأول أصوب .

وأشار التونسي إلى أنه ينبغي على الثاني أن يلحق بذلك الغزو ونحوه ، وما ذكره من أنها ترجع إذا طلقها أو مات عنها في الثلاثة أيام نحوه في «المدونة» ، ونص على أن ما قرب من الثلاثة بمنزلتها وأنها ترجع إن وجدت ثقة ، قال : وترجع من ملل وذو الحليفة من المدينة ، وردهن عمر رضي الله عنه من البيداء ، ولا يفسخ كراء كريها ، ولتُكرَّ الإبلُ في مثل ما اكرت ولو بعدت كإفريقية من الأندلس أو المدينة من مصر تمادت ، وأما إذا أحرمت فلتنفذ قربت أو بعدت ، وملل موضع بينه وبين المدينة ثمانية عشر ميلاً .

قوله : (إن وجدت ثقة) يريد : محرماً أو ناساً لا بأس بهم ، قاله اللخمي وابن عبد السلام وغيرهما .

وفهم اللخمي من قول مالك : إنها ترجع في اليومين والثلاثة أن الحج عنده على التراخي ، قال : وعلى قوله أنه على الفور يكون عليها أن تنفذ لما خرجت إليه وإن لم تكن بعدت عن بلدها ، وكذلك لو لم تكن خرجت لكان عليها أن تخرج .

ابن عبد السلام : وفي قوله : (لكان عليها أن تخرج) نظر ، فإنه حينئذ يكون كواجبين تعارضاً ؛ لأن مكثها في بيتها فرض ، والحج كذلك ، فيسلك مسلك الترجيح .

فرعان :

الأول : قال أبو عمران : وإذا طلقها ورجعت فعليه الكراء في رجوعها ؛ لأنها إنما رجعت من أجله وحبت له ، فذلك بمنزلة ما يجب لها من سكنى عليه .

الثاني : قال أبو الحسن : قوله : وأما إذا أحرمت فلتنفذ ، ظاهره أنها أحرمت قبل موت الزوج ، ولا إشكال في هذا وهي غير عاصية ، ولو أحرمت بعد موت الزوج نفدت وهي عاصية ، بخلاف المعتكفة فإنها لا تنفذ إذا أحرمت بالحج وتبقى على اعتكافها حتى تتمه ، إذ لو قيل إنها تخرج إلى الحج الذي أحرمت به لبطل اعتكافها ؛ لأنه لا يكون إلا في المسجد ؛ بخلاف الإحرام فإنه لا يخل بجملة العدة وإنما يخل بالمبيت .

وَتَرْجِعُ فِي غَيْرِ الْحَجِّ إِنْ كَانَ خَرَجَ لِإِقَامَةِ الْأَشْهُرِ لَا لِلْمُقَامِ إِذَا وَجَدَتْ ثَقَةً ، وَإِنَّمَا تُؤْمَرُ بِالرُّجُوعِ إِذَا بَقِيَ لَهَا شَيْءٌ مِنْ عِدَّتِهَا بَعْدَ وُصُولِهَا إِلَى بَيْتِهَا بِالتَّقْدِيرِ ، وَإِذَا كَانَ السَّفَرُ لِلانْتِقَالِ اعْتَدَتْ فِي أَقْرَبِهِمَا أَوْ أَبْعَدِهِمَا أَوْ فِي مَكَانِ الْمَوْتِ إِنْ شَاءَ وَأُمُكِّنَ...

يعني : وإن سافر بها في غير الحج فإن ذلك على وجهين :

أحدهما : أن يخرج لا للسكنى بل ليقيم شهراً أو شهوراً كما لو خرج لرباط أو زيارة أو تجارة .

والثاني : أن يخرج للإقامة رافضاً لسكنائه بمحله .

وذكر المصنف أنها في الوجه الأول ترجع وأطلق ، ونص في «المدونة»^(١) على أنها ترجع ولو وصلت إلى المكان الذي خرجت إليه ، واختلف إذا قامت بالمكان الذي خرجت إليه الأشهر أو السنة ، فذكر التونسي وغيره قولين :

أحدهما : أنها ترجع ، وهو ظاهر «المدونة» .

والثاني : أنها لا ترجع ، وهو قول مالك في «الموازية» .

ابن عبد الحكم : والأول أحسن ، وقال اللخمي : الثاني أحسن .

وقوله : (وَإِنَّمَا تُؤْمَرُ بِالرُّجُوعِ... إلخ) يعني : وحيث أمرناها ، إنما ذلك حيث يكون لرجوعها فائدة بأن تعتد في منزلها ، وأما إن كانت لو رجعت لا تدرك منزلها إلا بعد فراغ العدة فلا ترجع لعدم الفائدة حينئذ في الرجوع .

وظاهر كلامه : إذا بقي من العدة شيء أنها ترجع ولو أدركت يوماً واحداً ، وهو ظاهر «المدونة» ، لكن قيد ذلك للخصمي بأن تدرك ما له قدر ، وقال : وإن لم يبق من العدة إلا ما لا قدر له لم ترجع ، وتعتد في موضعها إن كانت في مستعتب أو تنتقل إلى أقرب المواضع إليها وإن كانت في غير مستعتب ، ولا مستعتب دون الموضع الذي خرجت إليه فيكون لها أن تبلغه ، وإن كان انقضاء العدة قبله ، ولا إشكال في التقدير في ذات الأشهر ، وأما ذات الحيض فالتقدير في حقها بما عرفته من عاداتها ، ثم أخذ المصنف يتكلم على القسم الآخر وهو ما إذا كان خروجه للانتقال ، فقال : وإن كان السفر للانتقال . . . إلخ ، والضمير في أقربهما أو أبعدهما عائد على المكان الذي خرجت منه والذي خرجت إليه .

وحاصل كلامه أنها تخير في أحد ثلاثة أمور : أن ترجع إلى المكان الأول ، أو تذهب إلى المكان الذي خرجت إليه ، أو تقيم بالمكان الذي مات فيه زوجها .

قوله : (وَأَمْكَنَ) الظاهر عوده على الثلاثة ، ويحتمل من جهة اللفظ أن يعود إلى قوله : (أَوْ فِي مَكَانِ الْمَوْتِ) وما ذكره من التخيير في الثلاثة نحوه في «المدونة»^(١) ، وعلل ذلك فيها بأنه مات ولا قرار لها لرفض قراره ولم تصل بعد إلى قراره ، ونص فيها على أن المطلقة طلاقاً بائناً أو رجعيًا كذلك .

الخصمي : ولها أن تعتد في موضع الموت وإن مات في مستعتب ، أو تنتقل إلى غيره إذا كان مأموماً ، ولا تبعد لأنها وإن كانت لا تتعين عليها العدة في مسكن فلا يسقط خطابها بما تخاطب به المعتدة من الحفظ ، وأن لا تبيت عن المسكن الذي تبيت فيه ، وإذا كان كذلك لم يكن لها أن تجعل عدتها في أسفار ومناهل وقفار ، وإن مات الزوج بعد وصوله إلى البلد الذي أراد سكناه ثم مات قبل أن يتخذ لها مسكناً كالزوجة التي لا مسكن لها ، وكانت بالخيار بين أن تعتد في الذي مات فيه أو بغير ذلك من تلك المدينة أو غيرها إذا كانت قريباً ، ولو اكتفى منزلاً فلم ينتقل إليه حتى مات كانت بالخيار أيضاً حسبما تقدم لو لم يكثر ، فإن انتقل إليه تعين عليها فيه العدة . انتهى .

وقول الخصمي : (لم يكن لها أن تجعل عدتها في قفار . . . إلخ) ظاهر ، ويلزم عليه أن لا تكون مخيرة في أن تذهب إلى أبعد المكان بل يلزمها أن تذهب إلى الأقرب .

وفي قوله: إن لها إذا وصل بها إلى البلد الذي أراد سكناه ولم يتخذ لها به مسكناً أن تخرج من تلك المدينة، نظر، وقاله ابن عبد السلام.

وَتَنْتَقِلُ الْأُمَّةُ مَعَ سَادَاتِهَا.

نحوه في «المدونة»^(١)، وسواء كانت معتدة من طلاق أو وفاة.

حمديس: وهو خلاف ما وقع في المدونة أنه لا يجوز بيعها إلا لمن لا يخرجها في العدة، وإذا لم يجز لمشتريها ذلك فبائعها أولى.

ونص ابن القاسم في «الموازية» على أنها إن تبوأ مع زوجها بيتاً فليس لسادتها الانتقال بها، وجمع غير واحد بين مسألتي «المدونة» على ما في «الموازية»، فالتى لا تباع إلا لمن لا ينقلها هي التى تبوأ، والتى تنتقل مع سادتها هي التى لم تبوأ، وإليه أشار أبو عمران بقوله: إن ما في «الموازية» لا خلاف فيه.

وأجاب ابن يونس عن معارضة حمديس، وقال: لا يلزم هذا ابن القاسم؛ لأن بائعها لا يخرجها إلا أن يضطر إلى الخروج، وليس هو بمضطر في بيعها أن يبيعها ممن يخرجها وهو يجد من لا يخرجها لأن المشتريين كثير، ولو اضطر بعد شرائه إلى الخروج لأمر حدث لجاز له أن يخرجها كسيدها.

وَلِلْبَدْوِيَّةِ الرَّحِيلُ مَعَ أَهْلِهَا لَا مَعَ أَهْلِ زَوْجِهَا.

نحوه في «المدونة»^(٢) واحترز من الحضرية فإنها لا تنتوي ولو انتوى أهلها.

قال في «المدونة»^(٣): ولا تنتوي، ونص يحيى بن عمر على أن نساء أهل الخصوص يعتدّن في البيوت التي كنَّ فيها قبل الطلاق والوفاة، وعلى هذا فالمراد هنا بالبديوية ساكنة العمود، وهكذا فسرّه الباجي^(٤).

ابن عبد السلام: وقال اللخمي، وعياض، وابن راشد: المراد ساكنة الخصوص والعمود.

(١) «المدونة» (٤٣٣/٥).

(٢) «المدونة» (٤٦٢/٥).

(٣) «المدونة» (٤٦٢/٥).

(٤) «المنتقى» (٤٧٨/٥).

خليل : وكلام الباجي أصح ؛ لأن أهل الخصوص تلزمهم إقامة الجمعة على الأصح ،
فدل على أنهم في حكم الحاضرين .

وما ذكره المصنف من أنها تنتقل مع أهلها لا مع أهل زوجها إنما ذلك إذا كان لها أهل
ولزوجها أهل ، وأما إن لم يكن لها أهل فإنها تعتد حيث كانت مع أهل زوجها وترحل
معه .

تنبيهان :

الأول : قوله : (تتوي) أي : ترحل وتبعد ، من النوى وهو البعد ، وهو يدل على
ما أشار إليه بعض الشيوخ إنما يكون لها أن تتوي مع أهلها إذا كان رحيلهم لغير القرب
لانقطاعهم عنها وانقطاعها عنهم ، وأما إذا كان على قرب بحيث لا تنقطع عنهم وترجع
إليهم عند تمام عدتها فتقيم مع أهل زوجها .

الثاني : قوله : (لا مع أهل زوجها) .

ابن عبد السلام : إن كان المراد أن الحكم بذلك رخصة ، وأن الأصل كان أن تتوي مع
أهل زوجها لولا ما عارضه من مشقة الرجوع إلى أهلها عند انقضاء عدتها فظاهر ، وإن
كان المراد أن هذا هو الأصل عند مالك وأنها لو ارتكبت تلك المشقة وارتحلت مع أهل
زوجها لما كان لها ذلك ، فلا يتبين وجهه ، وعلى الاحتمال الأول فهمها الشيوخ .

وَلَهَا مُفَارَقَةُ الْمَسْكَنِ بِعُذْرٍ لَا يُمْكِنُهَا الْمَقَامُ مَعَهُ لِحَوْفِ سَقُوطِ أَوْ لُصُوصِ ، ثُمَّ تَلَزَمَ
الثَّانِي والثَّالِثُ كَذَلِكَ...

يعني : أنه يجب على المعتدة الاعتداد في البيت الذي هي فيه في الطلاق والوفاة إلا
أن لا يمكنها المقام لعذر فلها حينئذ مفارقتها ، وذلك إما لخوف سقوط الدار أو خوف
لصوص .

اللخمي : أو خوف جار سوء على نفسها ، أو وجدت وحشة لانتقال من حولها أو
خشية الانتقال من جيرانها .

قال في «المدونة»^(١) : وإن كانت في مدينة فلا تنتقل لضرر جواز ولترفع ذلك إلى
السلطان .

اللخمي : وإن حصل الشر بينها وبين من تسكن معهم وكان الشر منها ارتحلت عنهم ، وفي مثل هذا جاء الحديث في فاطمة بنت قيس ، وإن كان الشر من غيرها أخرجوا عنها ، وإن أشكل أقرع أيهم يخرج ، ثم إن انتقلت إلى موضع لمانع صار الموضع الثاني في لزوم السكنى كالأول ، ثم إن حصل مانع في هذا الثاني فكالأول ، وهذا معنى قوله : (ثم تلزم الثاني والثالث كذلك) .

ابن عبد السلام : كالحالف أن لا يرتحل من موضعه إلى انقضاء سنة مثلاً فعرض له مانع من سكناه ، بل مسألة العدة جعلوها أصلاً لمسألة اليمين .

وَإِذَا انْتَقَلَتْ لِغَيْرِ عُدْرٍ رُدَّتْ بِالْقَضَاءِ .

سواء أذن لها المطلق أم لا ؛ لأن بقاءها في بيتها حق لله تعالى .

وَلَا كِرَاءَ لَهَا فِيمَا أَقَامَتْ فِي غَيْرِهِ .

نحوه في «المدونة» ، ومعناه أن المعتدة إذا خرجت من موضع اعتدادها وسكنت غيره هروباً منه فردها القاضي إلى الأول ، أو لم يردّها وطلبت كراء البيت الذي هربت إليه ، فلا كراء لها لأنها تركت ما كان واجباً لها فلا يلزم غيرها عن ذلك عوض .

وأقاموا في هذه المسألة مسألتين :

الأولى: إذا كان له ولد فهربت به إلى موضع لا يعلمه ، ثم أتت بعد ذلك تطلب ما أنفقت عليه أنه لا شيء لها .

الثانية : أقام منها ابن الشقاق أنه لا نفقة للناشزة مدة نشوزها ولا رجوع لها بذلك خلاف ما للمالك في «الموازية» .

وفرق بينهما بوجهين :

أولهما لابن رشد: أن الكراء تعين لها في ذلك المسكن لا في ذمة الزوج بمنزلة ما لو دفع النفقة فأتلفتها ، ونحوه لأبي بكر بن عبد الرحمن .

ثانيهما : لأبي عمران أن البقاء في المنزل حق لله فشدد عليها فيه حتى لا تسقطه ، بخلاف بقائها مع الزوج فإنه حق له .

وظاهر «المدونة» وقول المصنف : لا كراء لها فيما أقامت في غيره أنه لا فرق في ذلك

بين أن يكرى المنزل الذي هربت منه أو يتركه خالياً .

وقال اللخمي : إن خرجت لغير عذر فطلبت كراء المنزل الذي انتقلت إليه لم يكن لها ذلك إن خرجت عن مسكن يملكه الزوج أو اكتراه وحبسه ولم يكره بعد خروجها ، وإن أكره رجعت بالأقل مما اكرت أو أكرى .

وَتَخْرُجُ فِي حَوَائِجِهَا نَهَارًا وَطَرَفَى اللَّيْلِ .

يعني : أن السكنى التي تلزم المعتدة هي أن تلزم مسكنها بالليل ، وأما بالنهار فلا بأس أن تتصرف فيه ، وكذلك في طرفى الليل .

قال في «المدونة»^(١) : ولها التصرف نهارها والخروج سحراً قرب الفجر وترجع فيما بينهما وبين العشاء الآخر ، وهذا هو مراد المصنف بطرفى الليل .

ابن عبد السلام : قال بعضهم : ويدخله قول ابن القاسم : إن لها الرجوع إلى ثلث الليل ، ورواية مطرف وقول محمد إلا قدر هدوء الناس ، قال : ويدخله قول إلى نصف الليل دليله ما في كتاب الحج لأنه قال : لا دم على من بات في ليالى منى بغير منى إلا ليلة كاملة أو جلها .

واختار اللخمي أن تؤخر الخروج لطلوع الشمس وترجع لغروبها ، قال : وهذا في بعض الأوقات أو عند الحاجة ، وليس لها أن تجعل هذا عادة تكون سائر النهار في غير الموضع الذي تعتد فيه .

مالك : ولا أحب أن تكون عند أمها النهار كله .

فرع : وتسكن في البيت على حسب ما تسكن فيه مع زوجها وإن كان في الدار بيوت كثيرة ، وكانت تسكن بيتاً منها وفيه كان متاعها ، فقال مالك : لا تبث إلا فيه في بيتها أو أسطوانها أو حجرتها التي كانت تتصرف فيها أو تتقيظ .

ابن القاسم : ومعنى ذلك : أن جميع المسكن الذي كانت فيه تبث فيه حيث شاءت .

ولم يرد أنها لا تبث إلا في الذي كان فيه متاعها .

وقال بعض القرويين : معنى ذلك أن تبث في كل ما لو سرقت منه من دار زوجها لم

تقطع .

عياض : وفيه نظر .

قال في «المدونة»^(١) : وإن كان في الدار مقاصير فلا تبیت إلا في مقصورتها .

الباجي^(٢) وغيره : يريد أن تلك المقاصير لغيرها ، وذهب الأبهري وابن القصار إلى أنها لا تبیت إلا حيث كانت تبیت .

عياض: وهو استحسان ، ولعل كلامه في «الكتاب» على هذا ، واختلف لفظه على المستحب .

وَالْمُعْتَدَةُ أَحَقُّ مِنَ الْوَرَّةِ وَالْغُرَمَاءِ بِالْمَسْكَنِ الْمَمْلُوكِ لَهُ وَالْمَنْقُودِ كِرَاؤُهُ .

لما قدم أن للمعتدة السكنى في الطلاق والوفاة أخذ يذكر المحل التي تكون فيه أحق في الوفاة ، ولا شك في عدة الطلاق أن عليه ألا يخرجها من المنزل ، وأما في الوفاة ففي «المدونة» وغيرها كما قال المصنف أنها أحق من الورثة والغرماء بالمسكن المملوك لزوجها أو المنقود كراؤه ، وإنما ألحق المنقود كراؤه بالمملوك ؛ لأنه إذا نقد كراؤه صار يملك السكنى فيه ، وقيد أبو عمران المنقود كراؤه بما إذا انتقلت إليه ، وأما إذا لم تنتقل إليه فلا شيء لها .

ابن زرقون : وروى ابن دينار عن ابن القاسم في «المدونة»^(٣) : إن كان المنزل له فلها السكنى ، وإن كان بكراء فلا سكنى لها ، وحكى ابن خويز منداد عن مالك أنه لا سكنى لها وإن كان المنزل له ، فإن نقد بعض الكراء كانت أحق بمقدار ما نقد ، وحكمها في الباقي حكمها فيما لم ينقد .

فَإِنْ كَانَ مُكْتَرَى غَيْرَ مَنْقُودٍ فَفِيهَا : لَمْ تَكُنْ أَحَقَّ فَتَخْرُجَ إِلَّا أَنْ يَكْرِهَهَا الْوَرَّةُ كِرَاءً مِثْلَهُ ، وَرَوَى أَنَّهَا أَحَقُّ بِالْمُدَّةِ الْمُعِينَةِ ، وَاخْتَارَهُ عَبْدُ الْحَقِّ ، وَحَمَلَ «الْمُدُونَةُ» عَلَى غَيْرِ الْمُعِينَةِ...

يريد : فظاهر «المدونة» أنها ليست أحق ولو كان فيها التصريح بما قاله المصنف لم يحسن خلاف الشيوخ في معناها ، ولفظها : وإن كانت الدار بكراء ولم ينقد الزوج الكراء وهو موسر فلا سكنى لها في ماله ، وتؤدي الكراء من مالها ، ولا تخرج إلا أن يخرجها

(١) «المدونة» (٥/٤٦٥) .

(٢) «المنتقى» (٥/٤٨٠) .

(٣) «المدونة» (٥/٤٦٥) .

رب الدار أو يطلب من الكراء ما لا يشبه، فظاهر قوله: (ولم ينقد الزوج الكراء وهو موسر فلا سكنى لها) أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الكراء مشاهرة أو وجيبة أي مدة معينة، وعلى هذا الظاهر حمله الباجي وغيره، واحتجوا بأن المسألة وقعت لمالك كذلك في «الموازية».

وذكر في «النكت»^(١) عن بعض القرويين: أنه حمل «المدونة»^(٢) على المشاهرة، وأما الوجيبة فإنها أحق بالسكنى سواء نقد أم لا، واحتج لذلك بقوله في «المدونة»^(٣): إلا أن يطلب منها صاحب المنزل ما لا يشبه، فإن ذلك يدل على أنه لم يكن الكراء لسنة بعينها لأنه لو أكرى لسنة بعينها لكان الكراء قد لزم بما تعاقده، وليس لرب المسكن أن يطلب غيره. واحتج لذلك أيضاً في «تهذيب الطالب»، فإن أبا قرة روى ذلك عن مالك، أي: أنها تكون أحق في الوجيبة مطلقاً، وحمل الأولان قول مالك إلا أن يطلب صاحب المسكن ما لا يشبه على أن مدة الكراء قد انقضت.

تنبيه:

قول المصنف: إلا أن يكرها الورثة ليس في «المدونة»، وانتهى ما حكاه المصنف عنها عند قوله: (لَمْ تَكُنْ أَحَقَّ). وقوله: (فَتَخْرُجُ... إلخ) هو مفرع عليها.

الباجي^(٤): وإن رضي الورثة في مدة الكراء أو أهل الدار بعد انقضاء مدة الكراء أن يأخذوا منها الكراء ويقروها على السكنى لم يكن لها الخروج.

قال في «المدونة»^(٥): إلا أن يطلب منها ما لا يشبه من الكراء فلها الخروج ولرب الدار إخراجها، وقيده عياض بما إذا كان إخراجهم لحاجة لهم بالدار من سكنى أو بناء وشبهه، قال: هكذا فسره ابن كنانة في «المدونة» و«المبسوط»، قال: وليس لرب الدار إخراجها إلا لعذر مجحف مخافة على داره إن تركت فيها، وليس لهم أن يتزايدوا عليها في الكراء، والسكنى لها بالكراء الذي كان يتكراه زوجها، ومعنى ذلك عندي: أن يكون

(١) «النكت والفروق» (٢٥٩/١).

(٢) «المدونة» (٤٦٥/٥).

(٣) «المدونة» (٤٦٥/٥).

(٤) «المنتقى» (٤٦٧/٥).

(٥) «المدونة» (٤٦٥/٥).

ذلك من قبل أنفسهم، وأما لو جاء من يكتريها بأكثر فلهم إخراجها إلا أن تلزم الزيادة هي أو الزوج، ولا خلاف أن أهل الدار متى تركوها بكراء مثلها أنه لازم للزوج في الطلاق ولها في الوفاة.

وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ بَيْعُ الدَّارِ إِلَّا فِي ذَاتِ الْأَشْهُرِ ، وَفِي الْمُتَوَقَّعِ حَيْضُهَا إِذَا اشْتَرَطَهُ قَوْلَانِ .
نحوه في «الجواهر»^(١) ، وعلل ذلك بأن تأخير القراء والحمل غير معلوم بخلاف الأشهر ، وكذلك قرره ابن راشد .

والمراد بذات الأشهر الصغيرة واليائسة ، وأما المتوفى عنها فستأتي، وإنما جاز هنا لأنه بمنزلة من باع داره واستثنى منفعتها ثلاثة أشهر، والقولان في المتوقع حيضها مبنيان على اعتبار الحال أو الطوارئ ، فمن نظر إلى الحال أجاز ومن راعى الطوارئ منع .
وقوله : (وَفِي الْمُتَوَقَّعِ حَيْضُهَا) أي : كبت ثلاثة عشر وخمسين .

وَالْحُكْمُ فِي الْمُتَوَفَّى عَنْهَا الْجَوَازُ ، وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ : فَاسِدٌ لِّجَوَازِ الرِّبَّةِ .
هكذا وقع في بعض النسخ ، وفي بعضها : (وقال محمد : فاسد لجواز الربية)
فيكون المراد محمد بن عبد الحكم ؛ لأن هذا القول إنما هو معلوم له لا لمحمد بن المواز .
وقوله : (وَالْحُكْمُ فِي الْمُتَوَفَّى عَنْهَا الْجَوَازُ) أي : لأن عدتها بالأشهر، وفسر على قول محمد بن عبد الحكم للتعليل الذي ذكره المصنف وهو أنها قد ترتب فتطول عدتها ، وهذه المسألة ذكرها في «المدونة»^(٢) في كتاب العدة وكتاب بيع الغرر ، وفرضها في بيع الغرماء دار الميت لدين عليه ، وفرضها الباجي في بيع دار الورثة .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر كلام المصنف ، واعترض بعضهم كلام الباجي لما يوهمه من إجازة بيعهم إياها اختياراً، فقال : إنما أجاز ابن القاسم هذا البيع إذا بيعت للغرماء ، وأما إذا أراد الورثة البيع في غير دين فلم ينص عليه ابن القاسم ، قال : وعندي أنه غير جائز .

خليل : وفي كلام ابن عبد السلام نظر ، وذلك أنه إنما قال هذا الكلام لما تكلم على قول المصنف : (وليس للزوج بيع الدار) فيوهم أن كلامه في «المدونة» وقول ابن عبد الحكم في المعتدة بالأشهر ، وكلامه في «المدونة» ، وقول ابن عبد الحكم وكلام الباجي إنما هو في المتوفى عنها .

(١) «الجواهر» (٥١/٥) .

(٢) «المدونة» (٤٦٥/٥) .

ثُمَّ إِذَا بِيَعْتَ وَارْتَابْتَ فَقَالَ مَالِكٌ : هِيَ أَحَقُّ بِالْمَقَامِ وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يَكُونَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ...

يعني : وإذا فرعنا على المشهور من جواز البيع في المتوفى عنها فارتابت ، فقال مالك في «الموازية» : هي أحق بالمقام ؛ أي : إلى منتهى العدة ؛ لأن ذلك القدر ملك لها لا يجوز لها ولا لأحد إسقاطه ، وللمشتري الخيار للضرر الداخل عليه لو ألزم بالبيع .

وقال ابن القاسم في «العتبية»^(١) : لا خيار للمشتري ، وقال سحنون : لأنه كالذي دخل عليه ، ولهذا لم يجزم مالك بالخيار فيما حكاه المصنف عنه بل قال : وأحب . وذكره الباجي^(٢) على أنه من لفظه في «المدونة» ، وعن سحنون أيضاً : أن الخيار للمشتري .

وَالْبَيْعُ بِشَرْطِ زَوَالِ الرِّيَّةِ فَاسِدٌ خِلَافًا لِسَحْنُونِ .

يعني : والبيع بشرط المشتري على البائع أن لا تكون له ريبة أو تكون وتزول في زمن العدة ، وإن استمرت فلا بيع بيننا - فاسدٌ ، وهكذا في «الواضحة» ، وهو اختيار ابن المواز ، ولعل سحنوناً قاس ذلك على اشتراط ري الأرض فإنه جائز إذا لم ينقد الثمن ، والفرق أن الضرورة ملجئة في بيع الأرض كذلك بخلاف الدار .

وزاد الباجي وغيره في قول سحنون : ولا حجة للمشتري ولو تمدت الريبة إلى خمس سنين . وروى نحوه أبو زيد عن ابن القاسم في «العتبية» .

الباجي^(٣) : وهو عندي على قول من يرى للمبتاع الخيار في الفرع الذي قبل هذا ، وأما على قول من يلزمه ذلك فلا تأثير للشرط .

واعترض التونسي قول ابن المواز هنا أن البيع فاسد ، ورآه مخالفاً لقوله بالخيار إذا بيعت الدار واستثنى مقدار العدة ثم حصلت الريبة ، قال : لأنه إذا ملك الخيار في الأخذ أو الترك كان أخذه على أن يسكن بالمرأة إلى انقضاء ريبها كابتداء الشرط على ذلك إلا أن يكون هذا القول على أحد التأويلين فيمن خير بين شيئين فاختر أحدهما ، كمن أمر أن

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٤٠١) .

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢١٠) .

(٣) «المنتقى» (٥/ ٢١٠) .

يبيع سلعة بعشرة نقدا فباعها بعشرين إلى أجل فأجاز ذلك رب السلعة بعد فواتها .
ابن عبد السلام : ولا كبير اعتراض فيه إذا تأملته .

وقال صاحب «البيان»^(١) : لا أدري ما معنى قول التونسي : أن ذلك يتخرج على أحد التأويلين ؛ إذ لا اختلاف فيها أحفظه ، كما أنه لا اختلاف في أنه لا يجوز أن يبيع الرجل سلعته بعشرة نقداً أو بخمسة عشر إلى أجل على أن البيع لازم له بأحد الثمنين ، وإنما يتخرج جواز ذلك على القول بأن من اشترى سلعة فاستحق منها جُلها على العدد فله أن يتماسك بما بقي بما ينوبه من الثمن ، وإن كان مجهولاً لا يعرف إلا بعد التقويم .
ويحتمل أن يكون معنى قول محمد يخير بين أن يرد البيع أو يتماسك به على أنه بالخيار في الرد ما لم تنقض الرية لا على أنه يتماسك به على أن البيع لازم له طالَت الرية أم قصرت ، وهذا أولى ما حمل عليه قول محمد . انتهى .

ابن عبد السلام : وخرج بعضهم من إجازة بيع هذه الدار لغرماء الميت أن من ترك حاملاً وعليه دين أن عقاره يباع في دينه ، وخالف فيه ابن أيمن وقال : لا يباع حتى تضع الحمل ، واختلف إذا أوصى بوصية وثم حمل هل يعطى الموصى له الوصية أو حتى تضع ؟ واختلف أيضاً في المرأة إذا كانت حاملاً وطلبت ثمنها عاجلاً .

عياض : ولو اشترط أقصى ما تمسك النساء للرية لم يجز النقد ، ثم إن ذهب الرية بعد هذا الشرط قبل الأجل كانت الدار بقية الأجل للورثة ، ولو كان العقد على أن تزول الرية قربت أو بعدت لم يجز على كل قول للغرر وجهالة وقت قبض الدار .

وَيُبَدِّلُهَا الزَّوْجُ فِي الْمُنْهَدِمِ وَالْمُعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرِ إِذَا انْتَهَتْ الْمُدَّةُ .

يعني : أن المعتدة في الطلاق لا في الوفاة إذا اعتدت في ملك في منزل سواء كان له أو لغيره فانهدم ، أو اعتدت في منزل معار له أو مستأجر فانتَهت مدة الإعارة أو الإجازة فإن الزوج يبدلها غيره .

للخمي : ولا خلاف أن العدة لا توجب على المكري والمعير إذا ضربا الأجل مدة سوى العدة التي ملكها الزوج ، وكذلك إذا لم يضربا أجلاً ولا يلزم المكري والمعير ما لم يعقده على نفسه .

(١) «البيان والتحصيل» (٥/٤٧٥) .

وقال ابن القاسم في «المستخرجة» في رجل أسكن أخاه منزلاً وطلق المُسْكَنُ زوجته ، وقال لها صاحب المسكن : اخرجي ، إنما أسكنت أخِي ، فقال : لا تخرج حتى تنقضي العدة ، يريد : أن الأخوين يتهمان أن يكونا قصدا إخراج الزوجة خاصة ليس أن ينتزع العارية من أخيه .

فَإِنْ اخْتَلَقَا فِي مَكَانَيْنِ وَلَا ضَرَرَ أُجِبَّتِ الْمَرْأَةُ .

نحوه في «المدونة» ، قال : إلا أن تدعوه إلى ما يضر به لكثرة كراء أو سكنى فتمنع ، ولو أسقطت الكراء سكنت حيث شاءت .

ومعنى ضرر السكنى : أن تكون في جوار قوم غير مأمونين أو تسكن بالبعد منه ونحو ذلك ؛ قاله ابن يونس .

للخمي : والقول قولها إذا دعت إلى موضع مأمون وكان كراؤه أزيد وتحملت الزيادة .
وقوله : (فَإِنْ أَسْقَطْتَ الْكَرَاءَ سَكَنْتَ حَيْثُ شَاءْتَ) .

ابن يونس : يريد بحيث يعلم أنها معتدة ويبلغه خبرها .

وَأَمْرَأَةُ الْأَمِيرِ الْمُعْتَدَّةُ لَا يُخْرِجُهَا الْقَادِمُ فِيهَا .

يعني : إذا طلق الأمير امرأته وهي في دار الإمارة فعزل أو مات عنها وقدم آخر قبل انقضاء العدة فليس له إخراج زوجة الأمير السابق حتى تتم عدتها ، ولم يجعلوا ما يستحقه الأمير من السكنى كالأجرة حقيقة ، فإنهم لو جعلوها كذلك لما استحققت ما زاد على قدر الولاية ، وفي معنى زوجة الأمير القاضي إذا كان ساكناً في موضع القضاء .

وَفِي الْحَبْسِ حَيَاتُهُ تَسْكُنُ عِدَّتَهَا ، وَلَوْ خَمْسَ سِنِينَ لِأَنَّهَا مِنْ أَسْبَابِ الْمَيِّتِ .

قوله : (وَفِي الْحَبْسِ حَيَاتُهُ) أي : العمرى ، وقوله : (تَسْكُنُ عِدَّتَهَا) أي : سواء كانت عدة طلاق أو وفاة .

للخمي : وقولهم في الطلاق ظاهر ؛ لأن حق الحبس عليه قائم لوجود حياته ، وأما المتوفى عنها فاستحسن لأن الأجل الذي أعطاه هو حياة الحبس عليه ، وقد انقضى كالكرء إذا انقضى أجله إلا أن تكون هنا عادة .

وقول المصنف : (وَلَوْ خَمْسَ سِنِينَ) هكذا قال محمد .

اللخمي : وفيه ضرر على المحبس ؛ لأنه لم يرد هذا ، ودار الإمارة الأمر فيها أوسع لأنها ليست لأحد .

بِخِلَافِ سِنِينَ مَعْلُومَةٍ .

يعني : فليس لها أن تزيد عليها وهو ظاهر .

وَكَذَلِكَ حَبْسُ مَسْجِدِ يَدِهِ ، وَقَالَ ابْنُ الْعَطَّارِ : لَيْسَ حَبْسُ مَسْجِدِ يَدِهِ كَالْمَحْبَسِ عَلَيْهِ...

يعني : فليس للإمام الجديد أن يخرجها في مدة العدة ، وهكذا قال ابن شبلون .

وذكر ابن عات أنه الذي جرى عليه العمل بقرطبة ، ولكن أكثر الشيوخ كعبد الحق والباجي وابن زرقون وابن رشد وغيرهم يقتضون على ما قاله ابن العطار ويفرقون بينه وبين مسألة الأمير ، فمنهم من فرق بأن سكنى الإمام على معنى الإجارة بخلاف الإمارة ، وإلى هذا ذهب عبد الحق^(١) والباجي^(٢) وغيرهما ، ومنهم من قال : لأن أجرة الإمام مكروهة ، وإليه ذهب ابن المناصف ، ومنهم من قال : لأن امرأة الأمير لها حق في بيت المال ، ودار الإمارة من بيت المال بخلاف دار المسجد ، وإليه ذهب ابن رشد .

وقال ابن زرقون : الذي قاله ابن العطار مقصور على ما إذا كانت الدار حبساً على المسجد حبساً مطلقاً ، وأما إن حبست على أئمة المساجد فإن الإمام إذا مات لا تخرج زوجته حتى تنقضي العدة كما في دار الإمارة .

خليل : وإنما يقصد الناس في زماننا هذا في أئمة المساجد الإجارة فيقوي قول ابن العطار ، ولعل القول الأول مبني على الغالب من عاداتهم في الزمان المتقدم من الاحتساب في ذلك .

وَلَأُمُّ الْوَلَدِ - تُعْتَقُ ، أَوْ يَمُوتُ عَنْهَا - السُّكْنَى .

هذا مذهب «المدونة» .

وقوله : (السُّكْنَى) أي : مدة استبرائها بالحليضة ؛ لأنها في حقها كالعدة ، وكذلك إن قلنا هي استبراء محض لأنها محبوسة بسببه .

(١) «النكت والفروق» (٢٥٩/١) .

(٢) «المنتقى» (٢٢٥/٥) .

وقال في «الموازية» : لا سكنى لأم الولد ولا عليها، وروى أشهب : ذلك لها ، وعليها من غير إيجاب .

وقال ابن القاسم : إن كانت حاملاً فلها السكنى إن أعتقها ، وإن لم تكن حاملاً فلا سكنى لها، هكذا حكى اللخمي ، وحكى غيره قولاً آخر بأن السكنى حق لها إن شاءت أخذته وإن شاءت تركته، قال : وقيل : تركها مكروه .

وَلَهَا فِي الْعِتْقِ نَفَقَةُ الْحَمْلِ وَالسُّكْنَى .

لو سكت عن قوله : (وَالسُّكْنَى) لكان أحسن ؛ لأنه قد قدمه وكأن لها النفقة لأجل الحمل .

وفهم من قوله : (وَلَهَا فِي الْعِتْقِ نَفَقَةُ الْحَمْلِ) أنه ليس لها ذلك في الموت ، وكذلك نص عليه ابن القاسم وأشهب وأصبع ؛ لأن الحمل وارث فلم تكن له نفقة كما لو توفي عن الزوجة حاملاً .

ابن عبد السلام : وحمل بعضهم على «المدونة» قولين في وجوب النفقة لها في الوفاة إذا كانت حاملاً، فقال ابن القاسم : لها النفقة، وقال غيره وهو عبد الملك : لا نفقة لها، وليس في لفظ «التهذيب» عندي ما يقتضي أن ابن القاسم يقول بوجوب النفقة لها فتأمله فيه، وقال ابن محرز : إذا كانت قد ولدت قبل ذلك من سيدها رجوت أن لا يختلف ابن القاسم وعبد الملك في أن لا نفقة لها .

وَلِلْمُرْتَدَّةِ نَفَقَةُ الْحَمْلِ وَالسُّكْنَى .

قال في «التهذيب»^(١) : وللمرتدة الحامل النفقة والسكنى ما دامت حاملاً ، فإن لم تكن حاملاً لم تؤخر واستتيت ، فإذا أن تقتل أو ترجع إلى الإسلام فيكون ذلك طلاقاً بئنة ويكون لها السكنى .

وقال ابن اللباد: ليس لها السكنى إن لم تتب ، لأنها تسجن حتى تضع ، فغير [البرادعي]^(٢) لفظها لما يعتقد من معناها ، ولفظه في «الأمهات»^(٣) : قلت : رأيت المرتدة

(١) «تهذيب المدونة» (١/ ٤٤٠) .

(٢) في ط : البرادعي .

(٣) «المدونة» (٥/ ٤٧٨) .

أَيكون لها النفقة والسكنى إن كانت حاملاً ما دامت حاملاً؟ قال : نعم ؛ لأن الولد يلحق بأبيه فمن هناك لزمته النفقة ، فقال بعضهم : إنما وقع ذكر السكنى في السؤال لا في الجواب ، وإنما أجاب عن النفقة فقط ، ألا ترى إلى تعليله بلحق الولد ولم يجب عن السكنى إذ هي محبوسة على ما قاله ابن اللباد ، واختصرها المختصرون على أن النفقة والسكنى لها لقوله : نعم في أول الجواب بعد السؤال عنها ، وقيل : معنى هذه السكنى أنه غفل عن سجنها .

عياض : وقد يقال ذلك إذا كان الموضع الذي يعتقل فيه يطلب عندهم كراؤه .
فرع :

للخمي : إذا قال الزوج : حاضت قبل الردة وألم أصبها استتييت ، فإن تابت وإلا قتل .
وإن قال الزوج : لم تحض بعد أن أصبتها وأشكل أمرها هل هي حامل أم لا كان من حق الزوج أن تؤخر حتى تحيض أو تمر لها ثلاثة أشهر من يوم أصاب ، فإن لم يظهر حمل قتل ، وهذا لحق الزوج في الماء ، فإن أسقط حقه في ذلك ولم يمض للإصابة أربعون يوماً لم تؤخر ؛ لأن الماء حينئذ لم يخلق منه ولد ، وإن مضى له أربعون يوماً لم يعجل بقتلها لإمكان أن يكون الولد قد صار علقه ، فلا يجوز قتلها حينئذ كما لا يجوز للأم أن تشرب ما تسقطه به . ولو زنت ولا زوج لها رجعت إذا لم يمض لها أربعون يوماً ولا تؤخر ، فإن مضى لها أربعون يوماً أخرت حتى يظهر أمرها ، وإن أخرت الزوجة حتى ينظر هل هي حامل لم يكن على الزوج في ذلك نفقة عند ابن القاسم ؛ لأن ارتدادها طلاقه بائنة ، ولا عند أشهب وعبد الملك وإن كانا يريان أن الطلاق مترقب ، فإن أسلمت كانت على الزوجية من غير طلاق ؛ لأنها فعلت فعلاً منعت به نفسها ، فإن تبين حمل أنفق في المستقبل وأنبعته بالماضي ، وتبيت في بيتها على القول بأن الارتداد طلاق ويتحفظ بها فيه ، وعلى القول أنه فسخ أو مترقب فإن رجعت إلى الإسلام كانت على الزوجية ، فيستحب نقلها إلى موضع تعتد فيه .

وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ تُحْبَسُ بِسَبَبِهِ فِي السُّكْنَى ، وَنَفَقَةُ الْحَمَلِ كَفَسْخِ النِّكَاحِ لِإِسْلَامِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الْبِنَاءِ ، وَكَمَنْ نَكَحَ مُحْرَمًا وَلَمْ يَعْلَمْ وَبَنَى ...

هكذا في «المدونة»^(١) أن كل امرأة حبست بسبب شخص في عدة أو استبراء لها

السكنى ، وإن حصل حمل كانت لها نفقته .

وليس ما قاله في النفقة على إطلاقه ، فإن حمل الأمة من حر أو عبد ، وحمل الحرة أو الأمة من عبد لا نفقة له ، وكذلك حمل المملعة ، وضابطه كل حمل لو وضعت وجبت نفقته على أبيه فلها عليه النفقة وإلا فلا .

وذكر المصنف للضابط الذي ذكره ثلاثة أمثلة :

الأول : إذا فسخ النكاح لإسلام أحد الزوجين بعد البناء فإنه يجب للمرأة السكنى ونفقة الحمل إن كان ، وقوله : (بَعْدُ الْبِنَاءِ) يعني : وأما قبله فلا لعدم العدة .

الثاني : إذا نكح محرماً ولم يعلم وبني فإن لها السكنى في مدة الاستبراء ونفقة الحمل إن كان ، وقيد ذلك بعدم العلم لتتم الشبهة وإلا فلو كان عالماً وهي لم تعلم كان لها أيضاً عليه السكنى ولم يكن لها عليه نفقة الحمل بعدم لحوق الحمل .

ثم أشار إلى المثال الثالث بقوله :

وَفِي الْغَالِطِ بَغَيْرِ الْعَالِمَةِ ذَاتِ زَوْجٍ قَوْلَانِ .

ابن هارون وابن راشد : لم أقف على ما حكاه المصنف .

وقال ابن عبد السلام : يعني إذا غلط بامرأة أجنبية يظنها زوجته أو أمته فوطئها فلا حد عليه ، وتستبرأ الحرة بثلاث حيض فإن حملت منه كان لها عليه النفقة والسكنى ، ولا أعلم في هذا خلافاً في المذهب ، وظاهر كلام المؤلف أنه مختلف فيه فانظره . واختلف المذهب إذا لم تحمل وكانت زوجاً لآخر هل تجب نفقتها على نفسها أو على واطئها ؟

وَلَا مَرَأَةَ الْمَفْقُودِ خَبْرُهُ دُونَ امْرَأَةِ الْأَسِيرِ أَنْ تَرْفَعَ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ فَيُجَلَّ الْحُرُّ أَرْبَعَ سِنِينَ ، وَالْعَبْدُ سِتِّينَ مُنْذُ يَعْجِزُ عَنْ خَبْرِهِ بَعْدَ الْبَحْثِ ، ثُمَّ تَعْتَدُّ كَالْوَفَاةِ ...

فقد الشيء عدمه ، ومراده المفقود في بلاد المسلمين احترازاً من الأسير فإن حكمه سيأتي ، ومعنى كلامه أن لامرأة المفقود أن ترفع أمرها سواء كانت مدخولاً بها أم لا إلى الحاكم ، وأطلق في (الحاكم) فيشمل الخليفة والي البلد والقاضي .

قال في «المدونة»^(١) : ويجوز ضرب ولاية المياه وصاحب الشرطة الأجل للعنين والمفقود .

(١) «تهذيب المدونة» (١/٣٣٦) .

أبو الحسن : والمراد بولاية المياه : الساعة ؛ لأنهم يبعثون عند حصول المياه .

القاسي وأبو عمران : وإن كانت في موضع لا حاكم فيه رفعت أمرها إلى صالح جيرانها وكشفوا عن خبر زوجها وضربوا لها الأجل ؛ لأن فعل الجماعة كحكم الإمام .

وقال سحنون : لا يجوز كتاب ولاية المياه إلى قضاة الأمصار الكبار من سائر البلدان ، وأنكر ما ذكر عن مالك أن والي المياه يضرب أجل المفقود وهو لا يضرب إلا بعد أن يكتب إلى البلدان ، وولاية المياه لا يجوز أن يكتبوا إلى البلدان ، فعلى هذا قيل : لا يضرب لها الجيران .

للخمي : والمعروف من المذهب أن الكشف عن خبره إلى سلطان بلده وإن تولى ذلك بعض ولاية المياه ، والمفقود منهم أجزاء .

وقال أبو مصعب : لا يجوز في ذلك حكم سلطان إلا الخليفة الذي تمضي كتبه في الدنيا .

ابن عبد السلام : وجعله بعضهم كقول سحنون : وقال ابن الماجشون : إذا كان الإمام الأعظم حاضراً لم يضرب غيره ، وقال غير واحد : إذا رفعت المرأة أمرها إلى الحاكم كلفها إثبات الزوجية والغيبة ، فإذا أثبت ذلك سأل زوجته وأقاربه وإخوانه وأهل محلته وسوقه ، فإن كان عندهم علم أنه كان يريد بلداً كتب إلى ذلك البلد الذي كان يظن أنه فيه ، وإلا كتب إلى بلد الجامع إن لم يظن أنه في بلد بعينه ويعرفه في كتابه باسمه وصفاته ومتجره ، ويكتب هو إلى نواحي بلده ، وإن كان مطلوباً بدم أو أبقاً لم يقتصر في الكتب على الجهة التي خرج إليها ؛ لأن هذا ينتقل ولا يستقر في بلد بعينه ، فإذا جاء الجواب بعدم العلم ضرب له الأجل وهو أربعة أعوام للحر ، واختلف في العبد ، فالمشهور ما ذكره المصنف أن أجله نصف أجل الحر كالإيلاء والطلاق .

ابن عبد السلام : وقيل : أجله كالحر .

خليل : وتنصيف الأجل هنا وفي الاعتراض والإيلاء مشكل ، والأظهر الشاذ في الجميع .

وقوله : (مُنْذُ يَعْجِزُ عَنْ خَبَرِهِ) هو المشهور .

وقال ابن عبد الحكم : من يوم الرفع ، وعليه فلا يكتب إلى البلدان ويضرب له الأجل

إذا ثبتت الزوجية والغيبة، وقاله ابن عبد الحكم، وزاد : إلا أن يبلغ سن التعمير، والأصل في التحديد بالأربع سنين ما في الموطأ^(١) عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال : « أيما امرأة فقد زوجها فلم تدر أين هو فإنما تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشر ثم تحل ».

عبد الوهاب^(٢) : وأجمع الصحابة عليه؛ لأنه روي أيضاً عن عثمان وعلي وجماعة من التابعين ولم يعلم لهم في عصر الصحابة مخالف . قيل : وحد بالأربعة لأنها غاية الحمل، وقيل : لأنها المدة التي تبلغها الكتابة في بلدان الإسلام ذهاباً وإياباً، وقيل : لا علة لذلك إلا الاتباع لقول عمر .

اللخمي : وهو أحسن، واستضعف الأول لقول مالك : إنها لو أقامت عشرين سنة فإنها تستأنف الأجل، ولقولهم : إذا كانت الزوجة صغيرة أو الزوج صغيراً أنه يضرب له الأجل وليس هناك ما يخشى منه الحمل ، وكذلك إذا كانت يائسة ، ولأنه لو كان مبنيّاً على أكثر الحمل لاختلف فيه على الخلاف .

واستضعف أيضاً الثاني لقول مالك : إنها تستأنف الأربعة من بعد الإياس، وقيل : إنما ضرب له أربعة أعوام؛ لأنه جهل إلى أي ناحية سار من الأربع جهات، وهذا لا معنى له . وقوله : (ثُمَّ تَعْتَدُ كَعِدَةِ الْوَفَاةِ) لقول عمر المتقدم .

ابن عبد السلام : ومن أهل المذهب من ألزمها أقصى الأجلين ، وأجراه بعضهم على الخلاف في لزوم الإحداد ولم يبينوا هل هي حيضة واحدة، وهذا إن أرادته فقريب كما تقدم في الذي علمت وفاته أو هي ثلاث حيض ، ولا يحتاج إذا انقضى الأجل إلى إذن الإمام لها في العدة ولا بعد انقضائها إلى إذنه في التزويج .

عبد الوهاب^(٣) : لأن إذنه حصل بضرب الأجل .

تنبيه :

ما تقدم من أن العبد الآبق والمطلوب بدم لا يقتصر في حقهما على الكتب إلى جهة واحدة، يدل على أن حكمهما حكم المفقود ، وقد نص محمد على ذلك، وكذلك قال

(١) أخرجه مالك (١١٩٥) .

(٢) «المقدمات» (١/٥١٨) .

(٣) «المقدمات» (١/٥١٨) .

مالك فيمن أخذ متاع زوجته وهرب: إنه يضرب له أجل المفقود .

وقال اللخمي : أرى أن يطلق على هؤلاء عند رجوع الكشف بعدم العلم بخلاف المفقود لأنهم فروا اختياراً ، ومعلوم أنهم قاصدو التخلف عن الرجوع وحالهم بين ميت ومختار للإقامة .

فرعان :

الأول : إنما ضرب له الأجل المتقدم إذا كان له مال ينفق عليها منه وإلا فحكمها حكم زوجة المعسر بالنفقة .

الثاني : إذا غاب عن أم الولد سيدها وطلبت أن يضرب لها أجل لم تمكن من ذلك ، وتبقى إلى انقضاء تعميره فتعتق عليه ، نقله ابن راشد .

فَإِنْ جَاءَ أَوْ ثَبَتَ حَيَاتُهُ قَبْلَ تَزْوِيجِهَا فَأَمْرُهَا ، وَبَعْدَ الدُّخُولِ لِلثَّانِي ، وَفِي رُجُوعِ الْأَوَّلِ غَيْرِ الدَّاخِلِ يَنْصَفُ الصَّدَاقُ رَوَاتَيْنِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ قَالَ مَرَّةً : الْعَقْدُ فَوْتُ ، ثُمَّ رَجَعَ ...

يعني : أن الحكم نافذ لها ما لم يتبين خلافه ، وأما إن تبين خلافه فذلك على أربعة أوجه :

الأول : أن يجيء أو يتبين حياته وهي إلى الآن في العدة ، فلا خلاف أنها زوجته .

الثاني : أن يتبين ذلك بعد خروجها من العدة وقبل أن يعقد عليها ، فالمعروف من المذهب عدم فواتها كالأول .

وذكر ابن عيشون الطليطلي عن ابن نافع : أنها تفوت .

قال في «المقدمات»^(١) : وهو بعيد ؛ لأن الحاكم إذا حكم باجتهاد ثم تبين له أو لغيره أنه أخطأ في حكمه خطأ متفقاً عليه نقض ذلك الحكم بإجماع ، فلو قيل على قياس هذا إنها له ولو دخل بها الزوج الثاني كالمنعي لها زوجها لكان له وجه في القياس ، ولكنهم لم يقولوا ذلك ، فأين هذا من قول ابن نافع ، إلا أنه يشبه ما روي عن مالك فيمن حرص

الحارص عليه في تحلة أربعة أوسق فوجد فيها خمسة أنه يعمل على ما خرص .

أبو عمران : وتآليف ابن عيشون مختلفة ، ونقله ضعيف ، وروى اللخمي مثل قول ابن عيشون ، قال : لأن الحاكم أباحها للأزواج مع إمكان حياته ، وما كشف الغيب أكثر مما كان يظن .

وقول المصنف : (فإن جاء أو ثبتت حياته قبل تزويجها فامرأته)، يشمل هذين الوجهين .

الوجه الثالث: أن يدخل بها الثاني والحكم أنها تفوت على الأول وتكون للثاني، وإلى هذا أشار بقوله : وبعد الدخول للثاني .

اللخمي : ولم يختلف قول مالك : إن الدخول فوت ، وخرج فيها قول بعدم الفوت بالدخول على أحد القولين في النصرانية تسلم وزوجها غائب ، فإن ابن الماجشون قال : إن ثبت أنه أسلم قبلها أو بعدها في العدة كان أحق بها وإن ولدت من الثاني .

ابن راشد : وفيه نظر ؛ لأن امرأة المفقود اجتهد لها الحاكم بعد الكشف وضرب الأجل وأذن لها في النكاح بخلاف النصرانية تسلم .

فرع :

فإن دخل بها الثاني في نكاح فاسد فالأول أحق بها إن فسخ بغير طلاق لا إن فسخ به ، نص عليه الباجي وغيره .

قوله : (وَفِي رُجُوعِ الْأَوَّلِ غَيْرِ الدَّاخِلِ... إلخ) .

اعلم لولا أنه اختلف إذا فقد الزوج قبل البناء وضرب الحاكم الأجل ، وفرق بينهما سواء تزوجت أم لا ، فعن مالك أنها تعطي جميع الصداق ، وبه قال سحنون .

ابن بطال : وبه القضاء .

وفي الجلاب^(١) : إنها تعطي نصف صداقها فقط ، فإن ثبتت بعد ذلك وفاته أكمل لها صداقها ، وكذلك إن مضى عليها من السنين ما لا يحيى إلى مثله ، وقاله عبد الملك وابن دinar .

وقال جماعة : إن لم تكن قبضته لم تعط إلا نصف صداقها ، وإن كانت قبضته لم ينزع منها ، وقيل : لا تأخذ النصف إلا بعد إلزامه الطلقة ، وذلك عند عقد الثاني أو عند دخوله على الخلاف .

ابن محرز : والقياس أن يكون لها النصف إلا على مذهب من يرى أن المرأة تستحق الجميع بالعقد . وعلى أنها تأخذ الجميع فقال مالك : يعجل لها المعجل ويبقى المؤجل إلى أجله .

وقال سحنون : بل يعجل لها الجميع .

ومنشأ الخلاف : أن هذه المرأة فيها شائبتان ، شائبة الموت بدليل أنها تعتد عدة الوفاة ، وشائبة الطلاق بدليل أن دخول الثاني يوقع على الأول طلقة ، فمن غلب الشائبة الأولى أوجب لها الجميع ، ومن غلب الثانية لم يوجب لها إلا النصف .

وكلام المصنف مبني على القول بأنها لا تأخذ الجميع ؛ لأن ذكره الخلاف في رجوع الأول بنصف الصداق فرع عن أخذها الجميع .

والروايتان اللتان حكاهما المصنف حكاهما ابن الجلاب^(١) وهما مرويتان عن ابن القاسم ، والذي رجع إليه : أنها لا ترد شيئاً كالميت ، والمعترض بعد التلوم ، قيل : وبه العمل لأنه حكم مضي .

وقال ابن راشد : الأول أصح ، وهو اختيار اللخمي ؛ لأنه طلاق قبل الدخول ، والفرق بينه وبين المعترض : أن المعترض قد استمتع بها وأخلف شورتها .

الوجه الرابع : أن تتبين حياته أو موته بعد عقد الثاني وقبل دخوله ، ففيه القولان اللذان حكاهما المصنف بقوله : (قَالَ مَرَّةً : الْعَقْدُ فَوْتُ ، ثُمَّ رَجَعَ) وبالفوات قال المغيرة وابن كنانة وابن دينار ، وبعدمه قال ابن القاسم وأشهب .

قال في «الكافي»^(٢) : المرجوع إليه أصح من طريق الأثر ، وليست مسألة نظرية ؛ لأننا قلدنا فيها عمر رضي الله عنه .

(١) «التفريع» (١١٩/٢) .

(٢) «الكافي» (ص/٢٦٠) .

فرع :

أبو عمران : وإذا اعتدت أو مضى بعض العدة لم يكن لها أن ترجع إلى عصمته ، وقد وجبت عليها العدة والإحداد ، فليس لها أن تسقط ما وجب عليها باختيارها ، وأما في الأربع سنين فلها ذلك ؛ لأنها لم تحب عليها عدة ، قال : ومتى رجعت بعد ذلك ابتداء لها الضرب .

أبو بكر بن عبد الرحمن : وإذا ضرب لها الأجل واعتدت ثم أرادت أن تبقى على عصمة المفقود فليس لها ذلك ؛ لأنها قد صارت مباحة للأزواج فلا حجة لها أن لو قدم كان أملك بها لأنها إنما أمرت بالعدة للفراق فتجري على ذلك حتى تظهر حياته ، ألا ترى أنها لو ماتت بعد العدة لم يوقف له منها ميراث ، وإن كان لو علمت حياته ردت إليه .
وَعَلَيْهِمَا لَوْ ثَبِتَ مَوْتُهُ بَيْنَهُمَا ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَهُمَا فَإِنَّهَا كَغَيْرِهَا .

يعني : وعلى القولين في فواتها بالعقد إذا ثبت أنه مات بينهما ؛ أي : بعد العقد وقبل الدخول ، فإن قلنا : إن العقد مفيت مضت زوجة للثاني ، وإن قلنا : ليس بفوت فسخ لأنه تزوج زوجة الغير ، وبالجمله موته كقدومه بخلاف ما لو ثبت موته قبل العقد والدخول ، فإن هذه المرأة كغيرها من النساء ، فإن عقد الثاني بعد خروجها من عدة الأول صح نكاحه ، وإن عقد قبل خروجها من العدة فهو كالنكاح فيها ، وإليه أشار بقوله :
وَفِيهَا : لَوْ ثَبِتَ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ فِي عِدَّةِ مَوْتِ الْأَوَّلِ فَنِكَاحٌ فِي عِدَّةٍ يَفْسُخُ ، وَتَحْرُمُ بِالْدُّخُولِ أَبَدًا...

تصوره ظاهر .

وقوله : (وَتَحْرُمُ بِالْدُّخُولِ) أي : في العدة ، وأما لو لم يدخل إلا بعد العدة لجري على الخلاف المتقدم في باب النكاح ، ولعل المصنف نسب المسألة «للمدونة» لإشكالها ، وذلك أن الزوج الثاني استند في عقده إلى حكم حاكم فلم يستعجل وليس هنا اختلاط أنساب فكان تأييد التحريم مشكلاً ، ولهذا روى البرقي عن أشهب : أنه إذا دخل بها الثاني في عدة الأول لم يفسخ نكاحه وثبت ولم تحرم عليه .

ابن المواز : ولو دخل بها الثاني ثم علم أن المفقود مات قبل دخول الثاني فنكاح الثاني مفسوخ ؛ لأنه كالناكح في العدة ؛ إذ مر لها زمان العدة وهي معقود عليها كالرامي من

الحل تخرق رميته الحرم ويصيب في الحل .

ابن يونس : وقد تقدم لابن المواز ما يدل على خلاف هذا ، قال : إذا اعتدت المنعي لها زوجها وتزوجت ودخل بها ، ثم تبين أن الأول مات بعد عقد الثاني وقبل دخوله فليفرق بينهما ويؤمر بالتورع عنها ، وهي أخف ممن نكح في العدة ودخل بعدها ، وهي كمن واعد في عدة ونكح بعدها ؛ لأنه عقد نكاحها وهي ذات زوج فعقده كلا عقد ، فليتنزه عنها أحب إلي .

ابن يونس : وما تقدم أقيس لأنه عقد لو قدم بعد الدخول فيه لم ترد إليه وليثبت ذلك العقد ، وإن كانت يوم العقد ذات زوج ، فإذا مات الأول قبل دخول الثاني فقد صادفتها العدة وهي معقود عليها فهي كمن عقد في العدة ودخل بعدها ، أصله الرامي من الحل تخرق رميته الحرم ثم يصيب في الحل ، والله أعلم .

وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ مَاتَ قَبْلَ الْعَقْدِ وَرِثَتُهُ ، وَبَعْدَ الدُّخُولِ لَمْ تَرِثْهُ ، وَفِيمَا بَيْنَهُمَا الْقَوْلَانِ .

لأنه إذا مات قبل العقد فهي زوجة ، ويأتي على ما حكى عن ابن نافع أنها لا ترثه إذا خرجت من العدة ، فإذا أثبت أنه مات بعد دخول الثاني فليست له زوجة ؛ لأنها فاتت على الأول بالدخول ، وإن مات بعد عقد الثاني وقبل دخوله فالقولان ، فعلى الفوات لا ترث منه ، وعلى مقابله ترث .

اللخمي : وإن جهلت التواريخ وقد دخل الثاني لم يفسخ نكاحه ولم ترث الأول ؛ لأنه لا يفرق بينها وبين الثاني بالشك ، ولا ترث الأول أيضاً بالشك .

وَعَلَى الثَّانِي : لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ إِلَّا بِالدُّخُولِ .

يعني : وعلى قول مالك المرجوع إليه من أنها لا تفوت إلا بالدخول لا يقع طلاق على الأول إلا بدخول الثاني ، وأما على الفوات بالعقد فالطلاق يقع بنفس العقد ، ابن رشد ، واختلف متى تقع الطلقة عليه ، فقيل : إنها تقع عليه بالدخول أو بالعقد على الاختلاف في ذلك ، وقيل : إنما تقع عليه يوم أبيحت للأزواج ويكشف ذلك العقد أو الدخول ، وفائدة هذا الاختلاف ، لو كان هذا الأول طلقها اثنتين ثم تزوجت وقدم زوجها الأول بعد أن دخل بها هذا الثاني ، هل يحلها هذا الزوج للقدام أم لا؟ والظاهر : أنها تحل بفرار

العدة، ولو كان الطلاق إنما يقع بعقد الثاني أو بدخوله لكان نكاحه فاسداً .
 وَلَوْ طَلَّقَهَا الثَّانِي بَعْدَ الدُّخُولِ وَكَانَ الْأَوَّلُ طَلَّقَهَا اثْنَتَيْنِ لَحَلَّتْ لَهُ ، أَصْبَغُ : لَا تَحِلُّ
 بِذَلِكَ لَأَنَّهَا لَمْ تُنْكَحْ بَعْدَ الطَّلَاقِ ، وَرَدَّهُ اللَّخْمِيُّ .

يعني : لو كان المفقود طلقها طلقتين قبل فقده ثم فقد وأباح لها الحاكم التزويج
 وتزوجت ثم طلقها الثاني بعد دخوله ، فهل تحل للمفقود قبل زوج وهو قول مالك وبه
 قال أشهب ، وقال أصبغ : لا تحل ، وصوبه أبو عمران بما حكاه المصنف عن أصبغ
 بقوله : (لَأَنَّهَا لَمْ تُنْكَحْ بَعْدَ الطَّلَاقِ) يعني : أن الطلقة الثانية إنما تقع بدخول الثاني ولم
 يحصل بعدها نكاح وحليتها موقوفة على حصول نكاح بعد الثلاث ، ورده اللخمي بما
 تقدم من أن الظاهر : أن الطلاق وقع قبل العقد وقبل الدخول وإلا لزم فساد النكاح .

فرع :

محمد : ولو قدم المفقود بعد أن خلا بها الثاني ، فقال للأول : ما قربتها ؛ لحرمت
 على الثاني ؛ لأنه أقر أنها زوجة للأول ، ولم تحل للأول لظهور الإفاة إلا أن يخطبها بعد
 ثلاث حيض ، وجعل اعترافه كالطلاق ، وإن لم يطلق فتحل لذلك الزوج ولا تحل لغيره
 وإن اعترفت أن الثاني لم يصحبها لأنها مقرة أنها زوجة للأول ، وإن ادعت أنه أصابها حلت
 له ولغيره ؛ لأنه يعد ذلك منه طلاقاً ، وإن أنكرت أن يكون أصابها ولم يصدقها الأول ولا
 راجعها كان لها أن ترفع أمرها إلى السلطان فيطلقها على الأول لأنها تقول : لا أبقى بغير
 نفقة ؛ ولو أنفق عليها لكان لها أن تقوم بعدم الإصابة لأن إنكار الأول أن تكون صدقت ؛
 وقوله أولاً : لا علم عندي لا يكون طلاقاً .

وَالَّتِي تَعْلَمُ بِالطَّلَاقِ وَلَا تَعْلَمُ بِالرَّجْعَةِ كَذَلِكَ .

يعني : أن من طلق امرأته طلاقاً رجعيًا فاعتدت وتزوجت غيره ، فأثبت هو أنه
 ارتجعها قبل نكاح الثاني فكذلك ، أي إن اطلع على ذلك قبل دخول الثاني فالأول أحق
 على قول مالك ، الثاني : وإن دخل فالثاني أحق بها ، ورأى اللخمي أنها لا تفوت
 بالدخول ، وفرق بينها وبين امرأة المفقود بأن هذه لم يكن فيها قضية من حاكم .

وفي قوله : (كَذَلِكَ) إشارة إلى إجراء حكم هذه المسألة على المتقدمة في الميراث ،

وبذلك صرح في «المدونة»^(١) ، عبد الملك : وهذا إذا أقام بينة أنه ارتجع قبل عقد الثاني ، وأما قوله بعد عقد الثاني ارتجعت قبل عقده فلا يقبل .

مالك : وإن كان حاضراً فلم يعلمها برجعه ورآها تزوجت ودخلت فإنها تمضي زوجة .

اللخمي : وليس بين ؛ لأنه لو رأى أن الزوجة تزوجت ولم ينكر عليها لم يكن ذلك طلاقاً .

ابن عبد السلام : وكلام اللخمي ظاهر إن قامت له بينة أنه ارتجع قبل ذلك ، وهو الذي أراد كما قاله عبد الملك .

خليل : وقد يجري ما قاله مالك في هذه المسألة على أحد الأقوال فيمن باع زوجته أو زوجها إلا أن يقال : إنه إذا باعها أو زوجها فعل فعلاً محققاً يدل على تملكها لغيره بخلاف هنا فإنه سكت وهو أضعف .

وَأَمَّا الْمَنْعِيُّ لَهَا زَوْجَهَا تَزَوَّجُ فَيَقْدُمُ فَلَيْسَتْ كَأَمْرَاءِ الْمَفْقُودِ عَلَى الْمَشْهُورِ ؛ بَلْ تُرَدُّ وَلَوْ وَلَدَتْ الْأَوْلَادَ إِذْ لَا حُجَّةَ لَهَا بِاجْتِهَادِ الْإِمَامِ...

عياض : يقول الفقهاء : المنعى بضم الميم وفتح العين ، وهو عند أهل العربية خطأ ، وصوابه عندهم المنعِيُّ بفتح الميم وكسر العين وتشديد الياء ، وهي التي أخبرت بموت زوجها فاعتمدت على الأخبار وتزوجت ثم قدم زوجها ، فالمشهور وهو مذهب المدونة أنها ترد إلى الأول ، والفرق بينها وبين المفقود عنها ما ذكره المصنف بقوله : (إِذْ لَا حُجَّةَ لَهَا بِاجْتِهَادِ الْإِمَامِ) ، وقال القاضي إسماعيل ، وأبو عمران : إنها كأمراة المفقود في اختلاف قول مالك ، وتنزل البينة منزلة حكم الحاكم لأمراة المفقود هكذا ذكر هذا القول صاحب «تهذيب الطالب» ، وظاهره : أنه يختلف إذا عقد عليها الثاني ولم يدخل ، وقال ابن راشد : إن لم يدخل الثاني بها فهي للأول اتفاقاً ، قال : وفي المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : أنها تفوت بالدخول ، قاله مالك في كتاب القاضي إسماعيل .

والثاني : أنها لا تفوت وترجع إلى الأول وهو قول محمد ، وسواء حكم بموته حاكم

أم لا ، وهو المشهور .

وثالثها : التفرقة فإن حكم بموته حاكم فانت وإلا لم تفت ، قاله القاضي إسماعيل .

ابن عبد السلام : والأقرب أن البينة إن كانت رفعت إلى القاضي فقبلها أو عدلت عنده فهي كامرأة المفقود ، وإن كانت اعتمدت هي على أخبار البينة دون رفع القاضي فليست كامرأة المفقود ، وإذا فرق بينها وبين الآخر على المشهور ، ففي «المدونة»^(١) : لا يقربها الأول حتى تحيض أو تضع حملها إن كانت حاملاً ، وتعتد في بيتها الذي كانت تسكن فيه مع الآخر ويحال بينه وبين الدخول عليها .

عياض : ولا إشكال في منع مائه زرع غيره ، وأما ما عده من الاستمتاع فمباح ؛ لأنها زوجته ، وإنما حبست عنه لأجل اختلاط النسبين كما لو استبرأها من زنا أو غصب ، وبديل لو كانت المغصوبة ظاهرة الحمل من زوجها لجاز له وطؤها إذ الولد ولده عند ابن القاسم وغيره ، وكرهه أصبغ كراهة تنزيه لا تحريم .

أبو عمران : وَلَوْ ثَبِتَ مَوْتُهُ عِنْدَهَا بِرَجُلَيْنِ فَتَزَوَّجَتْ ، وَلَمْ يَظْهَرْ خِلَافُهُ لَمْ يَفْسَخْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَا غَيْرَ عَدْلَيْنِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ إِلَّا بِقَوْلِهَا فَإِنَّهُ يَفْسَخُ إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ عَلَى الصَّحَّةِ حُكْمَ بِهِ ، وَفُسِّخَ كُلُّ عَقْدٍ بَعْدَهُ .

قوله فيما نقل عن أبي عمران (فَتَزَوَّجَتْ) لا يؤخذ منه جواز ذلك ابتداء ، ونقل عنه ابن يونس وغيره : أنه يجوز لها أن تتزوج بخبر العدلين وليس عليها أن ترفع إلى الحاكم ولا يفسخ .

أبو عمران : وإنما يفسخ إذا كانت البينة غير عدول أو لم يعلم ذلك إلا من قولها ؛ إذ ليست على صحة من استباحتها .

قوله : (ثُمَّ إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ) أي : النكاح المفسوخ (وَقَعَ عَلَى الصَّحَّةِ) لثبوت موت الزوج الأول أو طلاقه أو انقضاء العدة منه ، فإن هذه المرأة ترد إلى الذي فسخ نكاحه ويفسخ ما بعد ذلك ولو تعددت الأنكحة ، وإلى ذلك أشار بقوله : (وَفُسِّخَ كُلُّ عَقْدٍ بَعْدَهُ) .

ابن عبد السلام : وليس هذا موضع قوله : (كُلُّ عَقْدٍ بَعْدَهُ) وإنما يحسن مثل هذه العبارة في البيوع ، أي : لأنها لا تكون إلا في عصمة زوج ، فكان ينبغي أن يقول : وفسخ

ما بعده .

وَكَذَلِكَ لَوْ تَزَوَّجَتْ امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ فِي الْعِدَّةِ ، ثُمَّ ثَبِتَ أَنَّهُ وَقَعَ عَلَى الصَّحَّةِ فَقَسُ عَلَيْهِ .
هذا أيضاً من كلام أبي عمران ، ومعناه إذا تزوجت امرأة المفقود في أثناء العدة ففسخناه ، ثم ثبت أن المفقود عنها انقضت عدتها منه إما من وفاة أو طلاق قبل أن يتزوجها الثاني فإننا نردها إلى الثاني ولو تزوجت زوجاً ثالثاً ودخل بها كالمنعي لها زوجها .

فرع :

لو تزوجت في العدة ففسخناه حرمت على الثاني إلا أن يثبت أن الأول حي فلا تحرم عليه .

محمد : لأنها صارت زوجة للمفقود بغير طلاق ولا وفاة .

وقوله : (فَقَسُ عَلَيْهِ) أي : قس على هذه المسألة والتي قبلها ما يشبهها في المعنى ، كما لو تزوجت امرأة المفقود في الأربعة أعوام وفسخ ثم ثبت أنه على الصحة .

وَسُئِلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ نِسَاءِ مَفْقُودٍ رَفَعَتْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ كَمَا تَقَدَّمَ فَتَفَكَّرَ ثُمَّ قَالَ : أَرَى
إِنْ ضُرِبَ الْأَجَلُ لِلْوَاحِدَةِ ضَرْبٌ لِجَمِيعِهِنَّ ...

زاد يحيى بن عمرو - وهو راوي هذه المسألة عن ابن القاسم - : وأبى سائرهن .

وكذلك نقل ابن شاس^(١) ، وهو أحسن من كلام المصنف لاحتمال كلام المصنف أن يكون سائر النساء سكتن ، وحكى ابن الفخار وابن يونس عن مالك مثله .

بعض القرويين : كما أن تفليس الواحد للمديان تفليس لسائر الغرماء ، وقال أبو عمران : ليس ضرب القاضي الأجل لواحدة ضرب لجميعهن بل حتى ترفع كل واحدة ، قال : ولا يحتاج إلى الكشف للمرأة الثانية لأنه قد كشف أول مرة ، ابن يونس : وهو واضح .

وَالنَّفَقَةُ فِي مَالِهِ فِي الْأَجَلِ دُونَ الْعِدَّةِ .

لها النفقة في الأجل لأنها محكوم لها بحكم الزوجة ، وأما في العدة فلا نفقة لها لأنها عدة وفاة ، ولا نفقة للمتوفى عنها .

ابن عبد السلام : فإن قلت : وقد قيل : إنها عدة طلاق ، وقد تقدم عن «المدونة» وغيرها أن دخول الثاني طلاق ، فينبغي أن ينفق عليها في تلك العدة ، قيل : ولو سلم أنه طلاق لكان طلاقاً أوقعه القاضي ، والأصل فيه البينة .

وفي هذا الجواب نظر ، والأولى منع كون الفرقة طلاقاً حقيقياً لإيجابهم عدة الوفاة ، وأصل المسألة مشكل فلذلك أشكلت الفروع المبنية عليها .

وظاهر كلام المصنف أن النفقة واجبة للمدخول بها وغيرها ، وكذلك أطلق في «المدونة»^(١) كالمصنف ، وقال المغيرة : لا نفقة لغير المدخول بها إلا أن يكون فرض لها قبل ذلك .

قال في «المقدمات»^(٢) : والصواب أن لها النفقة ؛ لأنها كزوجة الغائب .

ولم يختلف أن من غاب عن زوجته قبل دخوله بها أن لها النفقة ، وإنما اختلف في الغيبة القرية ، وظاهر ما في سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة : أن لها النفقة إذ لم يفرق فيه بين قرب الغيبة وبعدها .

فَإِنْ ثَبَّتَ أَنَّهَا أَخَذَتْ شَيْئاً بَعْدَ وَفَاتِهِ رَدَّتْهُ وَكَذَلِكَ أَوْلَادُهُ .

يعني : فإن ثبت بعد أخذها النفقة أنها أخذت شيئاً بعد وفاة المفقود ردت له لأنها أخذت ما لا يجب لها ؛ إذ النفقة تسقط بالموت ، وكذلك قوله : (وَكَذَلِكَ أَوْلَادُهُ) يعني : إن ثبت أنهم أخذوا شيئاً بعد وفاته ردوه كالزوجة ، وهكذا نص عليه ابن القاسم في «المدونة»^(٣) وينفق عليهم ما داموا صغاراً فقراء ، وتأول سحنون ذلك على أن الأيتام كانت لهم أموال .

أبو عمران : إن لم يتأول على ما قاله سحنون وإلا فهو خلاف لقول ابن القاسم في مسألة الوصي ينفق على اليتيم من مال أبيه ثم يطرأ دين يغترق المال ، أنه لا يرجع على اليتامى بما أنفق عليهم إن لم يكن لهم مال ، ويكون وفقاً لقول المغيرة وأشهب بالرجوع عليهم مطلقاً .

(١) «المدونة» (٤٥٢/٥) .

(٢) «المقدمات» (٥٢٥/١) .

(٣) «المدونة» (٤٥٣/٥) .

وفرق بعض المتأخرين بأن الورثة تتعلق حقوقهم بالذمة لا بالعين، ومن تعلق حقه بعين شيء فأتلف عليه فله المطالبة بخلاف ما يتعلق بالذمة، واعترض فضل تأويل سحنون بأنه لو كانت لهم أموال لم ينفق عليهم إلا أن يقال: إنما ظهر لهم المال ولم يكونوا عالمين به .

أبو عمران : يستغنى عن قول فضل هذا لأن هذا المال الذي ورثوه من أبيهم هو مال استوجبه من يوم الموت ، وإنما انكشف لنا ذلك الآن .

ومعنى قوله : (يرجع عليهم) أنه يقاصهم بما أنفق عليهم من ميراثهم .

عياض : ولا يستغنى عنه بهذا إذ قد يكون ما أنفق عليهم أضعاف ما يجب لهم من التركة لكثرة الورثة معهم ، قال في «المدونة»^(١) : ولا يؤخذ من الزوجة والأولاد حميل بهذه النفقة .

وَلَا يُقْسَمُ مَالُهُ إِلَّا بَعْدَ التَّعْمِيرِ عَلَى الْوَارِثِ حِينَئِذٍ

يعني : أن المال ليس حكمه حكم الزوجة في أنه يقسم بعد الأربعة أعوام بل يوقف حتى يتبين موته أو يأتي عليه سن التعمير إذ لا إرث بشك ، وكان الأصل في الزوجة أن لا تباح للغير إلا كذلك لكن غرضنا قوة الضرر ، وحكى ابن راشد قولاً أنه يقسم ماله بعد الأربعة أعوام ، قال : واختلف في حد التعمير على ستة أقوال :

أحدها : أنه سبعون ، قاله مالك وابن القاسم وأشهب .

عبد الوهاب^(٢) : وهو صحيح لحديث معترك المنايا .

ثانيها : خمس وسبعون ، وبه أفتى ابن زرب ، والباقي في سجلاته ، وبه القضاء .

ثالثها : ثمانون ، رواه ابن الماجشون وابن حبيب عن مالك ، وبه أخذ ابن القاسم ومطرف ، واختاره الشيخان أبو محمد وأبو الحسن ، وبه كان يفتي القاضي ابن السليم .

ورابعها : أنه الثمانون أو التسعون ، قاله ابن القاسم أيضاً .

وخامسها : مائة ، قاله أشهب ، وابن حبيب وابن الماجشون ، وإليه رجع مالك .

وسادسها : أنه مائة وعشرون ، وحكاها الداودي عن ابن عبد الحكم ، وبه «المتيطة» :

(١) «المدونة» (٥/٤٥٤) .

(٢) «المقدمات» (١/٥٢٦) .

إن غاب وهو ابن الثمانين عمر إلى انقضاء التسعين ، وإن غاب وهو ابن التسعين عمر إلى انقضاء المائة ، وإن غاب وهو ابن المائة عمر بأعوام يسيرة بقدر الاجتهاد ، وقيل : يتلوم بال عشرة ، وقيل : بالعام والعامين ، وإن غاب وهو ابن مائة وعشرين تلوم بعام واحد . قال في «المقدمات»^(١) : ولم يختلف فيمن عمر بمائة وعشرين أنه يتلوم له بالعام ونحوه .

وقوله : (عَلَى الْوَارِثِ حَيْثُذ) .

أي : حين انقضاء التعمير .

وَلَا يُضْرَبُ لِلْأَسِيرِ أَجَلٌ وَتَبْقَى زَوْجَةٌ .

أي : لا يضرب لمن أسره العدو أجلاً ، وتبقى زوجة حتى يثبت موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله ، قال في «المدونة»^(٢) : وسواء علم موضعه أم لا لأنه معلوم أنه قد أسر ولا يصل الإمام من كشف حاله إلى ما يصله في المفقود .

قيل : وإذا هرب الأسير من أرض الحرب وثبت هروبه ثم جهل خبره فإن ثبت دخوله بلاد الإسلام فكالمفقود ، وإن لم يثبت فكالأسير لاحتمال عدم خروجه من بلاد الحرب ، وخرج اللخمي قولاً بأن امرأة الأسير تطلق عليه قياساً على قطع ذكره .

وذكر ابن حارث أنهم اتفقوا على الأسير يعرف مكانه وحياته أنه لا تتزوج امرأته حتى يموت ، واختلف إذا لم يعرف فقال أصبغ : قال قوم : هو كالمفقود في أرض الإسلام ، وقال آخرون كمذهب مالك ، وقال ابن حارث : إن كان لا يدخلها التجار ولا الطوافون فهو هكذا وإن كانوا يدخلونها فهو كالمفقود .

فَلَوْ تَنَصَّرَ الْأَسِيرُ وَجَهِلَ طَوْعُهُ وَإِكْرَاهُهُ فَهُوَ كَالطَّوْعِ فَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ، وَيُوقَفُ مَالُهُ...

يعني : إذا تنصر الأسير فإن علم إكراهه فكالمسلم ، وإن علم طوعه فكالمرتد ، وإن لم يعلم طوعه من إكراهه فالمشهور هو مذهب «المدونة» ما ذكره المصنف أنه محمول على الطوع لأنه الأصل في الأفعال الواقعة من العقلاء والغالب أيضاً ، وروى عن مالك أنه محمول على الإكراه لأنه الغالب من حال المسلم .

(١) «المقدمات» (١/٥٢٦) .

(٢) «المدونة» (٥/٤٥٦) .

واختلف إذا تزوجت زوجته ثم ثبت أنه تنصر مكرهاً فقبل : حاله في زوجته كالمفقود ، وقيل : كالمنعي لها زوجها ، قيل : وإن شهدت بينة بالطوع والأخرى بالإكراه فيبينة الإكراه أعمل لأنها علمت ما لم تعلم الأخرى .

وقوله : (وَيُوقَفُ مَالُهُ) ، قاله في «المدونة» (١) : فإن مات مرتداً كان ماله للمسلمين وإن أسلم كان له .

فرع :

واختلف إذا تنصر ، فقال ابن القاسم : ينفق على ولده من ماله ، وقال أصبغ : لا ينفق عليه من ماله إذا تنصر طائعاً .

وَمَفْقُودُ الْمُعْتَرَكِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ تَعْتَدُ زَوْجَتُهُ بَعْدَ انْفِصَالِ الصَّفَيْنِ ، وَرُوي : بَعْدَ التَّلَوُّمِ بِالْاجْتِهَادِ ، وَرُوي : بَعْدَ سَنَةٍ ، وَرُوي : سَنَةً فِيهَا الْعِدَّةُ ، وَقِي قَسَمِ مَالِهِ أَوْ وَقْفِهِ قَوْلَانِ ، وَرُوي : إِنْ كَانَ بَعِيداً فَكَالْمَفْقُودِ فَيُوقَفُ مَالُهُ...

المفقود على أربعة أقسام : مفقود في بلاد المسلمين وحكمه ما تقدم ، ومفقود في أرض الشرك فككالأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يثبت موته ، أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله في قول أصحابنا إلا أشهب فإنه حكم له بحكم المفقود في المال والزوجة ، ومفقود في قتال المسلمين للكفار وسيأتي ، ومفقود في الفتن الواقعة بين المسلمين ، وكلام المصنف الآن فيه ، وحكى فيه أربعة أقوال :

الأول : للمالك وابن القاسم : أن زوجته تعتد من يوم التقى الصفان ، وكان أشباه ذلك في ما مضى يوم صفين والحرة .

الثاني : لأصبغ : يضرب لامرأته بقدر ما يستقصي أمره ويستبرأ خبره ، وليس لذلك حد معلوم .

ابن عبد السلام : وجعله المصنف خلافاً للأول ، وجعله بعضهم تفسيراً له .

الثالث : لابن القاسم : تتربص زوجته سنة ثم تعتد .

الرابع : أن العدة داخلة في السنة ، قال في «المقدمات» (٢) : وهو الصواب لأنه إنما

(١) «المدونة» (٤٥٧/٥) .

(٢) «المقدمات» (٥٢٧/١) .

تقوم له مخافة أن يكون حيا، فإذا لم يوجد له خبر حمل على أنه قتل في المعتك .

وفي «العتبة»^(١) خامس: بالفرق فيما قرب من الديار يتلوم الإمام لزوجته باجتهاد بعد انصراف من انصرف وانهزام من انهزم ثم تعتد وتزوج ، وما بعد مثل إفريقية ونحوها تمكث زوجته سنة فإذا خلت نظر الإمام في ذلك ، وفرق بين القرب والبعد .

وفي «الموازية» سادس : إن كان بعيداً حكمه كالمفقود تبرص أربعة أعوام .

اللخمي : من قال : إن العدة من يوم التقاء الصفين ورث ماله حينئذ ، ومن جعل لزوجته التبرص أربع سنين وقف ماله إلى التعمير ، واختلف على القول أن زوجته تبرص سنة ، فقيل : يورث ماله ذلك الوقت ، وقيل : يوقف ماله إلى التعمير ، قال في «المقدمات»^(٢) : وهذا الخلاف إنما هو إذا شهدت البينة العادلة أنه شهد المعتك ، وأما إن كان رأوه خارجاً عن العسكر ولم يروه في المعتك فحكمه حكم المفقود في زوجته وماله باتفاق .

وَيَبْنِ الْمُسْلِمِينَ وَالْكَفَّارِ ثَلَاثَةٌ - كَالْأَسِيرِ وَالْمَفْقُودِ ، وَتَعْتَدُ بَعْدَ سَنَةٍ بَعْدَ النَّظَرِ ...

أي : ثلاثة أقوال ، والقول بأنه كالأسير للمالك في «العتبة» ، أي أن زوجته لا تتزوج ولا يقسم ماله حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله ، والقول بأنه كالمفقود في ماله وزوجته حكاه ابن المواز وعابه ، أي لأنهم يأسرون المسلمين ولا يستطيع البحث عنهم كما في بلاد المسلمين .

اللخمي : وروي عن أشهب أنه قال فيمن فقد بين الصفين في أرض الإسلام أو في أرض الحرب : تبرص زوجته سنة من يوم ينظر السلطان في أمره ثم تعتد ، وهذا هو القول الثالث في كلام المصنف .

وقوله : (بعد النظر) يريد : بعد الرفع ، هكذا صرح به في «المقدمات»^(٣) في هذه الرواية ، وعمل أهل قرطبة بهذه الرواية الثالثة .

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٨٠) .

(٢) «المقدمات» (١/ ٥٢٧) .

(٣) «المقدمات» (١/ ٥٢٨) .

فرع :

اللخمي وغيره : يحمل من فقد من بلد زمن الطاعون أو في بلد توجه إليه وفيه الطاعون على الموت ، وذكر أصحاب مالك : أن الناس أصابهم سنة بطريق مكة سعال ، فكان الرجل لا يسعل إلا قليلاً ثم يموت ، ففقد ناس ممن خرج إلى الحج فلم يأت لهم خبر حياة ولا موت ، فرأى مالك : أن تقسم أموالهم ولا يضرب لهم أجل المفقود ولا غيره للذي بلغه من موت الناس من ذلك السعال ، وكذلك الشأن في أهل البوادي في الشدائد ينتجعون من ديارهم إلى غيرها من البوادي ثم يفقدون أنهم على الموت ، وقد علم ذلك من حالهم إذا توجهوا إلى البلد الذين يمضون إليه تبلغهم الضيعة والموت .

كتاب الرضاع

الرَّضَاعُ : شَرَطُ الْمُرْضِعِ : أَنْ تَكُونَ آدَمِيَّةٌ أُثْنَى بِلَبَنِ فَلَوْ كَانَ مَاءً غَيْرَ لَبَنِ لَمْ يُعْتَبَرُ .

يقال : إرضاع ورضاع ورضاعة بفتح الراء وكسرها .

الجوهري^(١) : ويقال : رضع الصبي أمه يرضعها رضاعاً مثل سمع يسمع سماعاً ، وأهل نجد يقولون : رضع يرضع رضعاً مثل ضرب يضرب ضرباً .

عياض : وارتضعت أمه وامرأة مرضع أي لها ولد ترضعه ، فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت : مرضعة ، وذكر أهل اللغة أنه لا يقال في بنات آدم لبن وإنما يقال فيهن : لبان واللبن لسائر الحيوان غيرهن ، وجاء في الحديث كثيراً خلاف قولهم .

وشرط المصنف في المرضعة التي ينتشر التحريم برضاعها ثلاثة أوصاف :

الأول : أن تكون آدمية ، فلا يحرم لبن غيرها من سائر الحيوانات ، ولا خلاف في ذلك .

الثاني : أن تكون أنثى ، فلا يعتبر لبن الذكر إذا در ، وهذا هو المشهور لقوله تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ولا يستحق وصف الأمومة إلا الآدمية الأنثى ، وقال ابن اللبان الفرضي : يقع بلبن الذكر الحرمة .

اللخمي : وبه قال بعض شيوخنا ، وقال ابن شعبان : وروى أهل البصرة عن مالك والشافعي أنهما كرها له نكاحها ، ووجه القول بالتحريم : أن الحرمة إذا حصلت باللبن الناشئ عن وطئه فلأن تحصل بلبانه من باب الأولى ، والآية خرجت مخرج الغالب فلا مفهوم لها .

الثالث : أن يكون ذلك بلبن ، فإن أرضعته بغيره لم يحرم .

وفي كتاب «ابن سحنون» : لو حلب من ثدي المرأة ماء أصفر لم يحرم ما يحرم منه إلا ما كان غذاء يغني عن الطعام ، ولا يقال : كان ينبغي أن يستغني بقوله : (آدمية) عن قوله (أُنثَى) لاحتمال أن يكون المراد نفساً آدمية والنفس تطلق على الذكر والأنثى .

(١) «الصحيح» (٢٥٦/١) .

وَيُعْتَبَرُ اللَّبَنُ وَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ وَلَمْ تُوْطَأْ .

يعني : إذا در للبكر لبن فإنه ينشر الحرمة لدخولها في قوله : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ ، قال في «الجلاب»^(١) : وإذا أرضعت المرأة التي لم تلد أو العجوز التي قعدت عن الولادة صبياً فرضاعها يحرم .

وَلَبَنُ الْمَيْتَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ إِنْ عَلِمَ .

أي : ويعتبر لبن الميتة ، والمشهور مذهب «المدونة» لدخولها تحت قوله : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ والشاذ حكاه صاحب الجواهر وغيره .

وذكر ابن بشير أن الشاذ مما جرى في المذاكرات وعلمه بأن الحرمة لا تقع بغير المباح .

فإن قيل : لم أوقعتم التحريم برضاع الميتة على المشهور ، وظاهر قوله تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ﴾ يخرجها ؛ لأن الميتة لا توصف بأنها أرضعت فجوابه أن الإرضاع خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له ، وأيضاً فإنه منقوض بما لو حلب غيرها من ثديها كرها وأرضع به صبياً أو رضع منها الصبي وهي نائمة .

قال في «المدونة»^(٢) : وإذا حلب من ثدي المرأة في حياتها أو بعد وفاتها فوجر به صبي أو دب فرضعها وهي ميتة وعلم أن في ثديها لبناً فالحرمة تقع بذلك ، ولا يحل اللبن في ضرع الميتة ، قيل : فلم أوقعتم الحرمة به؟

قيل : لأن من حلف ألا يشرب لبناً فشرّب لبن الميتة أو لبناً ماتت فيه فأرة حنث إلا أن ينوي اللبن الحلال ، ويحد من وطئ ميتة .

وأخذ من هنا أن مذهبه نجاسته ، وهو خلاف ما دل عليه ما له في كتاب الجنائز فيخرج من الكتب قولان .

للخمي : وإنما وقعت به الحرمة لأن تنجيسه لا يخرجها عن كونه غذاء .

وقوله : (ويحد من وطئ الميتة) استدلال منه على الحرمة أي كما يجب الحد بوطء الميتة وكذلك يحرم لبنها .

(١) «التفريع» (٦٨/٢) .

(٢) «المدونة» (٥/٤١٠) .

وقوله : (ويحرم من وطء الميتة يريد ولا صداق لها) نص عليه محمد وغيره .

قال في «النكت»^(١) : وإنما قالوا بالحد ولم يوجبوا لها صداقاً لأن الصداق من حقوق الأدميين ، فلما وجدناه لو قطع لها عضو لا قصاص فيه ولا دية فكذلك هنا ، وأما الحدود فمن حقوق الله تعالى فيجب عليه لعظم ما انتهكه ، ولا إشكال في وجوبه إن كانت الموطوءة أجنبية على المعروف من المذهب كما سيأتي في باب الزنى إن شاء الله تعالى .

واختلف في الزوجة هل يحد على قولين : عياض : وإلى الإسقاط قال أكثرهم والمحقق منهم .

قال في «النكت»^(٢) : وعاب بعض شيوخنا وجوب الحد عليه ، قال : ألا ترى أنه يغسلها مجردة وينظر إليها فأبي شبهة أعظم من هذا ؟
وقول المصنف : (إِنْ عَلِمَ) .

ابن عبد السلام : لا يظهر له في كلام المصنف كبير فائدة بخلافه في «المدونة» .

وَفِي لَبَنٍ مَنْ نَقَصَتْ عَنْ سِنِّ الْمَحِيضِ : قَوْلَانِ .

يعني : أن لبن من لم تحمل على ضريرين : إن كانت ممن تحيض حرم .

ابن بشير : بلا خلاف ، وقد قدم المصنف ذلك بقوله : (ويعتبر اللبن وإن لم تحمل ولم توطأ) ، وإن كانت ممن نقصت عن سن المحيض فقولان حكاهما المصنف تبعاً لابن بشير وابن شاس .

وفي «المدونة»^(٣) : وإذا درت بكر لا زوج لها أو يئست من المحيض فأرضعت صبياً فهي أم ولد .

وفي «الجلاب»^(٤) : وإذا حدث للصبية الصغيرة التي لا يوطأ مثلها لبن فأرضعها صبي لم تقع به حرمة ، وحملها اللخمي على الخلاف ، وهو ظاهر كلام ابن يونس ، وهو مقتضى ما نقله المصنف وابن بشير وابن شاس .

(١) «النكت والفروق» (٢٣٩/١) .

(٢) «النكت والفروق» (٢٣٩/١) .

(٣) «تهذيب المدونة» (٤٤١/١) .

(٤) «التفريع» (٦٩/٢) .

خليل : ولا يبعد أن يحمل ما في «المدونة» على ما إذا كانت في سن من يوطأ مثلها ،
ولا يكون ما في «الجلاب» خلافا لما في «المدونة» ، والله أعلم .
ولا يُعْتَبَرُ لَبْنُ الذَّكَرِ إِذَا دَرَّ عَلَى الْمَشْهُورِ .

هذه المسألة وقعت هنا في بعض النسخ ، وقد تقدم الخلاف فيها فأغنى عن إعادتها .
وَشَرَطُ الرُّضِيعِ : أَنْ يَكُونَ مُحْتَاجًا لِلرُّضَاعِ ، وَصَلَ اللَّبَنُ إِلَى جَوْفِهِ صَرَفًا أَوْ مَخْلُوطًا ،
وَفِي لَغْوِ الْمَغْلُوبِ بِالْمُخَالَطَةِ قَوْلَانِ ، لِابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ كَأَبِي حَنِيفَةَ
وَالشَّافِعِيِّ ...

قوله : (محتاجا) أي : فلا يعتبر رضاع الكبير لما في «الصحيحين» وغيرهما : «إنما
الرضاع من المجاعة»^(١) .

وفي الصحيح أيضاً من حديث سهلة قالت عائشة : جاءت سهلة بنت سهيل إلى النبي
ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إنني أرى في وجه أبي جديفة من دخول سالم وهو حليفه ،
فقال النبي ﷺ : «أرضعيه» ، فقالت : وكيف أرضعه وهو رجل كبير . فتبسم رسول الله
ﷺ وقال : «قد علمت أنه رجل كبير»^(٢) وفي رواية أخرى : «أرضعيه خمس رضعات
تحرمي عليه» وفي رواية أخرى : «وأبى سائر أزواجه عليه الصلاة والسلام أن يدخلن عليهن
أحد بتلك الرضاعة» وقلت لعائشة : ما نرى هذه إلا رخصة أخصها رسول الله ﷺ لسالم
خاصة ، وأخذت عائشة بحديث سهلة وكانت إذا أحببت أن يدخل عليها أحد من الرجال
تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر وبنات أخيها أن يرضعن من أحب دخوله .

المازري : والجمهور حملوا الحديث على الخصوص .

الباجي^(٣) : وقد انعقد الاجماع على أن رضاع الكبير لا يحرم .

ابن المواز : ولو أخذت بحديث سهلة : «أرضعيه خمس رضعات» في الحجاب
خاصة لم أعبه وتركه أحب إلي ، ولا فرق في التحريم باللبن بين أن يصل صرفاً أو
مخلوطاً كما قاله المصنف ، وهذا إن لم يغلب اللبن بالمخالطة وأما إن كان مغلوباً فقال ابن
القاسم : لا ينشر الحرمة وهو مذهب أبي حنيفة .

(١) أخرجه البخاري (٢٥٠٤) ، ومسلم (١٤٥٥) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) أخرجه البخاري (٣٧٧٨) ، ومسلم (١٤٥٣) .

(٣) «المنتقى» (١٤/٦) .

وقال أشهب وابن الماجشون: يحرم وهو قول الشافعي ، وهذا معنى قوله : (وَفِي لَغْوِ الْمَغْلُوبِ بِالْمُخَالَطَةِ قَوْلَانِ) لأن تقديره وفي لغو المغلوب بالمخالطة وعدم لغوه قولان لابن القاسم وابن الماجشون ؛ فابن القاسم يلغيه وابن الماجشون لا يلغيه .

وقوله : (كَأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيَّ) الأول للأول والثاني للثاني ، والأقرب قول عبد الملك : إذ لو انفرد اللبن لحرم ، وهو الذي رجحه ابن محمد السوسي والبخمي وغيرهما ، ونظيرها إذا حلف ألا يأكل خلافاً فأكَل طعاماً فيه خل مستهلك ، وهذا إنما هو إذا كان اللبن مخلوطاً بغير اللبن ، وأما إن اختلط لبن امرأتين فقال مالك والشافعي : تحرم المرأتان معاً ، وقال ابن يوسف : الحكم للغالب منهما .

وأخذ عياض من «المدونة» التحريم من مسألة من حملت من زوج آخر أن اللبن يكون للزوجين ، قال : وتردد بعضهم : هل يقول ابن القاسم بلغو المغلوب بلبن آخر كالطعام أم لا أو يفرق بين اللبن والطعام ، انتهى . وحكى بعضهم الاتفاق على التحريم .
وَالرَّضَاعُ وَالْوَجُورُ - قَلِيلُهُمَا وَكَثِيرُهُمَا وَلَوْ مَصَّةً - سَوَاءٌ .

(الْوَجُورُ) بفتح الواو ما يدخل في وسط الفم ، وقيل : ما يصب في وسط الحلق ، وفعله جَرَّ وأوجر واللدود ما صب تحت اللسان ، وقيل : ما صب في جانب الفم واللديدان : جانبا الفم ، يعني : أنه لا فرق في التحريم بين الرضاع والوجور ، ونبه بذلك على قول داود القائل بعدم التحريم إلا بما يرضع من الثدي ، ومذهبنا أن المصاة الواحدة كافية في التحريم لظاهر قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ .

وَفِي الْحُقْنَةِ وَالسَّعُوطِ وَشَبْهِهِ يَصِلُ إِلَى الْجَوْفِ نَالِهَا يَخْتَصُّ السَّعُوطُ .

(الْحُقْنَةُ) معلومة ، (وَالسَّعُوطُ) بفتح السين ، قال الجوهري^(١) : هو الدواء يصب في الأنف .

قوله : (وَشَبْهِهِ) أى : وشبه ذلك ولذلك ذكر الضمير ، وأراد بالشبه الاكتحال والصب في الأذن ، وحكى في الجميع ثلاثة أقوال وتصورها من كلامه ظاهر .

أما الحقنة ففي «المدونة»^(٢) : إن وصل إلى جوفه حتى يكون له غذاء حرم وإلا لم يحرم .

(١) «الصحاح» (٣١٧/١) .

(٢) «المدونة» (٤٠٥/٥) .

ابن المواز : معناه حتى يكون غذاء له لو لم يطعم ولم يسق فحينئذ يحرم وإلا فلا ، وأطلق ابن حبيب التحريم بالحقنة .

ابن يونس^(١) : وقول ابن القاسم أصح . وفي «الجلاب»^(٢) أن الحقنة لا تحرم .
وأما السعوط ففي «المدونة»^(٣) : يحرم إن وصل إلى جوفه ، قال فيها : وكان عطاء
الخرساني لا يحرم السعوط ولا الكحل باللبن .

ابن يونس : وأطلق ابن حبيب التحريم به ، وقول ابن القاسم أصح ؛ لأن الاعتبار في
الرضاع ما يقع به الاغتذاء وهو إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ كجريانه في
ظاهر البدن .

وأما العين : فقال ابن حبيب : إن به اكتحل الصبي بكحل فيه لبن ، فإن كان دواء
ينفذ مثل المر والصبر والعزروت وشبهه حرم ، وإن كان مما يبقى في العين ولا يصل إلى
الجوف كالإثمد وشبهه فلا يحرم .

ابن يونس^(٤) : وسواء عند ابن القاسم كان مما ينفذ أم لا فإنه لا يحرم ؛ لأنه لا يكون
منه غذاء وقد دخل من غير مدخل الطعام والشراب فلا يحرم حتى يكون للصبى غذاء كما
قال في الحقنة .

ابن راشد : وعلى هذا يجيء الجواب فيما صب من الأذن .

ابن بشير : وإن استدخل اللبن من الإحليل فهو لا يصل إلى محل الطعام فلا تقع به
حرمة ، وكذلك إن عمل منه فتائل .

تنبيهات :

الأول : جعل المصنف محل الخلاف إذا وصل من هذه المنافذ ، ومفهومه : أنه لو لم
يصل لم يحرم ، وقد قدمنا أن ابن حبيب قال بالتحريم في الحقنة والسعوط وإن لم يصل
على ما ذكره ابن يونس ، وكذلك ذكر الباجي^(٥) واللخمي عنه .

(٢) «التفريع» (٢/ ٦٨) .

(٤) «الجامع» (٤/ ٣٨٦) .

(١) «الجامع» (٤/ ٣٨٥) .

(٣) «المدونة» (٥/ ٤٠٥) .

(٥) «المنتقى» (٦/ ١٥) .

الثاني : مقتضى كلامه : أن في المذهب قولاً بأن السعوط لا يحرم مع الوصول وذكره بعضهم .

ابن عبد السلام : وأنكر عبد الوهاب أن يكون في المذهب من يقول : إن السعوط لا ينشر الحرمة إذا علم وصوله إلى الجوف .

الثالث : يشترط على مذهب «المدونة» في انتشار الحرمة بالحقنة : ألا يكون اللبن مغلوباً ؛ لأنه إذا اشترط ذلك فيما يصل من الفم فهنا أولى ، قاله عياض وغيره .

الرابع : ما ذكره من القول بالتفصيل هو مقتضى ما في «الجلاب»^(١) ؛ لأنه نص على أن السعوط يحرم ونص على أن الحقنة لا تحرم ، وإذا لم تحرم الحقنة فالعين ونحوها أولى .

الخامس : قال اللخمي : ومحمل قول ابن القاسم في «المدونة» من التحريم بالسعوط إن وصل يريد : أن وصوله مشكوك فيه ، ف قوله ذلك عبارة عن الوقوف وكأنه إنما تقع الحرمة إذا وصل ولا يدري هل وصل ؛ لأنه ليس بكثير فيحس بوصوله ، ورده ابن بشير بأنه ليس بشك وإنما أحل الأمر فيه على تحقيق الوصول وعدمه .

السادس : فإن قلت : لم اشترط ابن القاسم هنا في الحقنة أن تكون غذاء ولم يشترط ذلك في الصوم ؟

قيل : إن المراعاة في الرضاع ما ينبت اللحم وينشر العظم ولا يشترط هذا في إفطار الصائم ، بل ما يصل إلى محل الطعام والشراب .

فَلَوْ كَانَ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ بِمُدَّةٍ قَرِيبَةٍ وَهُوَ مُسْتَمِرُّ الرِّضَاعِ أَوْ بَعْدَ يَوْمَيْنِ مِنْ فَصَالِهِ اعْتُبِرَ ، وَفِي الْقَرِيبَةِ أَقْوَالٌ : أَيَّامٌ بِسِيرَةٍ ، وَشَهْرٌ ، وَشَهْرَانِ ، وَثَلَاثَةٌ .

لما قدم أن شرط الموضع أن يكون محتاجاً وأنه لا عبرة برضاع الكبير أخذ يذكر الزمان الذي تنشر الحرمة فيه ، وذكر أن الرضاع إما أن يكون بعد الحولين أو فيهما ؛ فإن كان بعدهما بمدة قريبة وهو مستمر الرضاع أو بعد يومين من فصاله نشر الحرمة لأنه لو أعيد إلى اللبن لكان له غذاء وعشاء وهذا هو المشهور ، وروي عن مالك : أنه يعتبر الحولان من غير زيادة .

وعلى المشهور فاختلف في حد القرب على خمسة أقوال حكاها اللخمي وغيره ، قال في «الحاوي» : مثل نقصان الشهور وإليه ذهب سحنون .

وقال في «المختصر» : الأيام اليسيرة ، وقال ابن القصار : يحرم مثل الشهر ، قال وليس بالقياس لقوله تعالى : ﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ [الأحقاف: ١٥] يريد أن القياس لا يزداد على الحولين ، وروى عنه عبد الملك : إنه لا يزداد على الشهر ونحوه .

وقال في «المدونة»^(١) : الشهر والشهرين ، وروى عنه الوليد بن مسلم ثلاثة أشهر . اللخمي : وهو أحسن .

محمل الآية في الستين أنها كافية للمرضع ليس أنه لا منفعة فيما زاد لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام » .

وهذا حديث صحيح ذكره الترمذي ، فعلق التحريم بما كان قبل الفطام وقبل أن ينتقل غذاؤه من اللبن ، وهذا لم يقطع واللبن قوام جسمه يشبع لوجوده ويجوع لعدمه ، ولم يقع القول الأول في كل النسخ ، ووقع في نسخة ابن راشد وسقط في نسخة ابن عبد السلام .

فَلَوْ كَانَ فِي الْحَوْلِينَ بَعْدَ اسْتِغْنَائِهِ بِمُدَّةٍ قَرِيبَةٍ ، فَقَوْلَانِ .

يعني : إذا فصل في الحولين فإن لم يستغن نشر الحرمة باتفاق ، وإن استغنى فإما بمدة قريبة أو بعيدة؛ فإن كان بمدة بعيدة لم يعتبر وإن كان بمدة قريبة فقولان ، المشهور وهو مذهب «المدونة» أنه لا يحرم ، قال في «الجواهر»^(٢) : إلا أن يكون زمن الرضاع قريباً من زمن الاستغناء ، والثاني لمطرف وابن الماجشون وأصبغ في «الواضحة» يحرم إلى تمام الحولين .

وقال بعض الشيوخ : إن كان الرضاع مصة أو مصتين لم يحرم ، وإن أعيد إلى الرضاع وأسقط الطعام حرم ، ولم يتعرضوا في هذا القسم إلى تحديد القرية كالقسم الأول ، ولعل ذلك لأنهما متقاربان .

وَيَحْرُمُ بِالرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ

والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضَاعَةِ ﴾

(١) «المدونة» (٤٠٨/٥) .

(٢) «الجواهر» (٢٨٩/٢) .

[النساء: ٢٣] وقوله عليه الصلاة والسلام: « يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب » رواه البخاري ومسلم وغيرهما .

والمحرمات بالنسب سبع : الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت ، فالرضاع كالنسب فأمك كل من أرضعتك أو أرضعت بواسطه أو غيرها وأمهاتهما ، وبتك كل من أرضعتها زوجتك بلبنك أو أرضعتها ابنتك من نسب أو رضاع ، وأخواتك كل من ولدت من أرضعتك أو ولد لفحلها فإن أتى من أمك وفحلها ولد فهو أخ شقيق من الرضاعة وإن ولد لأمك من غير ذلك الفحل فهو أخ لأمك وإن ولد لأبيك من غير أمك أمماً من زوجة أخرى أو سرية فهو أخوك لأبيك ، وأخوات الفحل عمات الرضيع وأخوات أم الرضيع خالات له ، ولا يخفى عليك بنات الأخ وبنات الأخت .

لكن استثنى العلماء من عموم قوله عليه الصلاة والسلام: « يحرم الرضاع ما يحرم النسب » (١) مسائل يحرم من النسب وقد لا يحرم بالرضاع :

الأولى : أم أخيك وأم أختك من النسب هي أمك أو زوجة أبيك وكلتاها حرام ، ولو أرضعت أجنبية أخاك لم تحرم .

الثانية : أم نافلتك ، والنافلة: ولد الولد مطلقاً ذكراً كان أو أنثى؛ لأنها إما بتك أو زوجة ابنك وهما محرمان ، وفي الرضاع قد لا تكون ابنتك ولا زوجة ابنك بأن ترضع أجنبية نافلتك .

الثالثة : جدة ولدك من النسب إما أمك أو أم زوجتك وهما حرامان ، وفي الرضاع قد لا تكون أمماً ولا أم زوجة إذا أرضعت أجنبية ولدك فهي حلال لك وأمها وإن كانت جدة ولدك إذ ليست بأمك ولا أم زوجتك .

الرابعة : أخت ولدك في النسب حرام؛ لأنها إما بتك أو ربيبتك ولو أرضعت أجنبية ولدك فبنتها أخت ولدك فليست ببنت ولا ربيبة .

الخامسة : يجوز للرجل أن يتزوج أم عمه وعمته من الرضاع بخلاف النسب .

السادسة : يجوز للرجل أن يتزوج أم خاله وخالته من الرضاع بخلاف النسب .

(١) أخرجه البخاري (٢٥٠٢) ، ومسلم (١٤٤٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

فَيَقْدَرُ الطِّفْلُ خَاصَّةً وَلَدًا لِصَاحِبَةِ اللَّبَنِ ، وَصَاحِبِهِ إِنْ كَانَ ، فَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَخُوهُ نَسَبًا أُخْتُهُ وَأُمُّهُ مِنَ الرِّضَاعِ...

يعني : أن الحرمة إنما تنتشر بين الرضيع ومن تقدم خاصة دون أحد من قرابته ، وقال : (وَصَاحِبِهِ إِنْ كَانَ) لأنه قد تقدم أن البكر إذا درت على صبي ورضعها أن الحرمة تنتشر بذلك .

ابن عبد السلام : وانظر إذا كانت البكر معقودة النكاح ولم يدخل بها زوجها هل تنتشر الحرمة بين الرضيع والزوج ؟

خليل : والمذهب في هذا أنه لا يعتبر وسيذكره المصنف في الفرع الذي يلي هذا ، ولأجل أن التحريم إنما يعتبر بين الرضيع وأبويه لا في أحد من قرابته جاز لأخيه من النسب أن يتزوج الطفلة التي رضع معها أخوه والأم التي أرضعت أخاه لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع ، وكذلك يجوز لصاحب اللبن أن يتزوج أخت ابنه من الرضاعة .

واعلم أن أخت الأخ قد لا تحرم من النسب كما لا تحرم من الرضاع ، وصورتها : أن يكون لك أخ من أب وأخت من أم فيجوز لأخيك من الأب نكاح أختك من الأم .
وَيُعْتَبَرُ صَاحِبُهُ مِنْ حِينَ الْوَطْءِ .

يعني : أن الحكم فيما بين الرضيع والمرضعة ظاهر ، وأما فيما بينه وبين الفحل فإنما يعتبر من حين وطئه .

وقوله : (مِنْ حِينَ الْوَطْءِ) يدل على أنه لا يعتبر اللبن فيما بين الفحل وبين الرضيع في الفرع الذي جعله ابن عبد السلام محل نظر وهو مقتضى كلام اللخمي وابن رشد وابن بشير وابن شاس ، وبذلك صرح صاحب «النكت»^(١) ، قال : إنما يكون له اللبن إذا دخل وأما قبل بئانه فلا .

وقد صرح ابن راشد بالاتفاق على ذلك فقال : إذا تزوج الرجل امرأة لا لبن لها ثم درت فوضعها طفل فإن لم يكن وطئها قبل رضاعه لم يكن أباً ، وإن كان وطئها فهو له ولد ، ولو لاعب أو قبل أو باشر أو وطئ ولم ينزل فدرت لم يكن بذلك أباً بلا خلاف .

(١) «النكت والفروق» (١/ ٢٤٠) .

فَإِنْ كَانَ مِنْ وَطْءٍ يُحَدِّثُ فِيهِ فَقَوْلَانِ .

يعني : فإن كان اللبن نشأ عن وطء يحد فيه فهل ينشر الحرمة بين الرضیعة والفحل ؟ قولان : وأما بين الرضیعة والمرضعة فإنه ينشر الحرمة على كل حال ، والقولان حكاهما ابن حبيب عن مالك .

ونص ما نقله ابن يونس^(١) عنه : قال ابن حبيب : اللبن في وطء صحيح أو فاسد أو حرام أو زنا تقع به الحرمة من قبل الرجل والمرأة ، وكما لا تحل له ابنته من الزنا فكذلك لا تحل له من أرضعتها المزني بها من ذلك الوطء ، لأن اللبن لبنه والولد ولده وإن لم يلحق به الولد ، وقد كان مالك يرى أن كل وطء لا يلحق فيه فلا يحرم لبنه من قبل فحله ، ثم رجع إلى أنه يحرم وهو أصح وقاله أئمة من العلماء ، وبالتحريم قال سحنون وغيره وهو ظاهر من المذهب ، قاله ابن عبد السلام ، قال : وأجرى غير واحد القولين على القولين في المخلوقة من ماء الزاني هل يحل له نكاحها أم لا ؟ وهو مناسب لولا أن ابن المواز منع الزاني من نكاح المخلوقة من مائه وكره له نكاح هذه ، وإن وقع لم يحكم بفراقها ، قالوا : وأما إن تزوج من لا يحل له نكاحها جاهلاً فلحق به الولد فإنه يحرم الرضاع من جهة الفحل كالنكاح في العدة ، وكذلك إن كان عالماً على القول بأنه لا حد عليه .

وَالْمَنْكُوحَةُ إِذَا وَطِئَتْ بِأَشْتَبَاهِ فَأَتَتْ بِوَلَدٍ مُحْتَمَلٍ فَلَبَنُهَا لِمَنْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ الْوَلَدُ ، وَقَالَ مَحَمَّدٌ : لَهُمَا ...

مثاله : لو وطئ السيدان الأمة في طهر واحد وألحقته القافة بأحدهما فعلى المشهور إنما تنتشر الحرمة بين الولد وبين من لحق به ، وعلى قول محمد تنتشر الحرمة بين الرضيع والواطين وإن كان الولد إنما يلحق بأحدهما ، لأن اللبن ليس هو مبنياً على حقوق الولد بدليل التحريم على ظاهر المذهب في الفرع السابق وإن كان الولد فيه غير لاحق ، ومثاله أيضاً في النكاح لو نكحت المعتدة وأتت بولد محتمل لهما .

وَلَكِنَّ الدَّارَةَ لِمَا فِيهِ إِلَّا أَنْ يَنْقَطِعَ وَلَوْ بَعْدَ سِنِينَ كَثِيرَةٍ ، وَقِيلَ : إِلَى أَنْ تَلِدَ وَقِيلَ : وَإِلَى أَنْ تَحْمِلَ ، وَقِيلَ : إِلَى أَنْ يَطَّأَهَا زَوْجٌ ثَانٍ ...

يعني : أن لبن المرأة منسوب لوطنها عند ابتداء وجود اللبن ، ولا إشكال في ذلك إذا

لم تنزل في عصمته أو رقه ، وإن فارق الزوجة وتزوجت غيره فأربعة أقوال :

الأول : أنه محكوم به للأول إلى أن ينقطع ، وهو مذهب المدونة لقوله : وإذا تزوجت المرضع المطلقة فحملت ثم أرضعت صبيا فإنه لبن للزوج الأول .

والثاني : إن كان لبن الأول لم ينقطع لكن لم يقل فيها ولو بعد سنين كثيرة كالمصنف ، ولم أر ذلك مصرحاً في الروايات لكن هو ظاهر «المدونة» و«الموازية» ، وتبع المصنف ابن شاس^(١) فإنه قال : ولو بعد عشر سنين .

والقول بأنه ينقطع بالولادة في «مختصر الوقار» ، ورواه ابن نافع ، وحكى ابن المنذر أن عليه إجماع العلماء ، والقول بأنه ينقطع بالحمل ذكره ابن بشير وابن شاس ولم يعزوا ، والقول بأنه ينقطع بوطء الثاني لابن وهب .

ولسحنون خامس : أن اللبن محكوم به للأول إلى أن تمضي خمسة أعوام أقصى مدة الحمل من فراق الأول ، أما لو انقطع اللبن لسقط حكم الأول .

اللخمي : إلا أن ينقطع ثم يعود فيكون الحكم فيه للثاني إن عاود الإصابة ، قال : وإن أصاب الرجل زوجته وهي ذات لبن من غيره ثم أمسك عنها أو غاب وطالت غيبته أو مات وعاد اللبن إلى ما كان عليه سقط حكم الوطء .

وَحَيْثُ لَمْ يُحْكَمْ بِانْقِطَاعِهِ فَالْوَلَدُ لَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ يَدْرُ اللَّبْنَ .

يعني : إذا لم يحكم بانقطاعه فالولد محكوم له بأنه ابن للأول والثاني من الرضاع ؛ لأن هذا اللبن لهما ؛ إذ أصله من الأول وتكثيره من الثاني ؛ لأن وطأه يدر اللبن .

وَالْغَيْلَةُ : وَطْءُ الْمَرْضِعِ ، وَقِيلَ : إِرْضَاعُ الْحَامِلِ .

الأكثر على ضبط هذه اللفظة بكسر الغين .

عياض : ولا تفتح إلا مع حذف الهاء وأصله من الضرر ، وقيل : من الزيادة ، وقيدها بعض شيوخنا بفتح الغين في غير «المدونة» وكذلك عبد الحق في «المدونة» ، والقول الأول هو مذهب «الموطأ» و«المدونة» وهو قول الأصمعي .

وقوله : : (وَطْءُ الْمَرْضِعِ) ابن حبيب : وإن لم ينزل ، وقال أبو عمران : إنما الغيلة

الوطء مع الإنزال ، والقول الثاني ذكره في «المدونة» أيضاً وهو قول الأخفش ، والأول هو الظاهر ؛ لأن المشاهدة تدل على أن إرضاع الحامل مضر ، والنبي ﷺ قد نفى عن الغيلة الضرر .

ففي «الموطأ» (١) وغيره : أنه عليه الصلاة والسلام قال : « لقد هممت أن أنهي الناس عن الغيلة حتى ذكرت أن فارساً والروم يصنعون ذلك ، فلا يضر ذلك أولادهم » .

وَمَنْ أَرْضَعَتْ طِفْلاً كَانَ زَوْجَهَا حَرْمَتُ عَلَى صَاحِبِ اللَّبَنِ ؛ لَأَنَّهَا زَوْجَةُ ابْنِهِ .

هذا الفرع لابن القاسم في «العتبية» ، ومعناه : إذا عقد أبو الرضيع له على امرأة ثم خالع له وتزوجت غيره وحدث لها لبن فأرضعت به الطفل الذي كان زوجها ، فصار هذا الطفل ولداً لها ولزوجها الثاني فتحرم على زوجها ؛ لأنها حليمة ابنه ؛ إذ لا يشترط في حليمة الابن دوام الوصف بدليل أن الابن لو تزوج امرأة فمات عنها أو طلقها لم يجز لأبيه أن يتزوجها ؛ لأنها من حلائل أبنائه .

وَمَنْ أَبَانَ صَغِيرَةً حَرْمَتُ عَلَيْهِ مَنْ تُرَضِعُهَا ؛ لَأَنَّهَا أُمُّ زَوْجَتِهِ وَعَكْسُهُ بِنْتُ زَوْجَتِهِ وَلَا يُنْظَرُ لِلتَّارِيخِ فِي مِثْلِهِ...

يعني : إذا تزوج رضيعة ثم طلقها فأرضعتها امرأة حرمت عليه تلك المرأة ؛ لأنها أم زوجته ، ولو أبان امرأة لها لبن فأرضعت صبية حرمت عليه تلك الصبية ؛ لأنها بنت زوجته ، وهذا معنى قوله : (وَعَكْسُهُ... إلخ) .

ابن راشد قال : ولا ينظر إلى التاريخ في مثله ليعم هذا الفرع والفرعين قبله وما في معناهما أنه لا ينظر إلى أن تكون المرضعة في حالة الرضاع زوجة ، بل ولو بانة .

وَمَنْ تَزَوَّجَ رَضِيعَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَأَرْضَعَتْهُمُ امْرَأَةٌ اخْتَارَ وَاحِدَةً ، وَإِنْ كَانَتْ الْأَخِيرَةَ .

اختار واحدة لأنهما صارتا أختين ، قال في «المدونة» (٢) : ولا يفسد نكاحها كما يفسد عند من تزوج الأختين في عقد واحد لفساد العقد فيهما وصحته في هاتين ، وهذا هو المشهور .

(١) أخرجه مالك (١٢٦٩) ، ومسلم (١٤٤٢) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) «المدونة» (٢٨٤/٤) .

وقال ابن بكير : لا يجوز أن يختار واحدة ، ورأى ذلك بمنزلة من تزوج الأختين في عقدة واحدة .

تنبيه :

لمرضة الصغيرتين ثلاث صور : الأولى: أن تكون المرضعة أجنبية وحكمها ما تقدم .

الثانية : أن تكون أمّاً للزوج أو أختاً أو نحو ذلك فلا يجوز له أن يتمسك بواحدة منهما بالاتفاق لصيرورتهن أخوات أو بنات أخوات .

الثالثة : أن تكون المرضعة أيضاً زوجة له وإليها أشار بقوله :

فَلَوْ كَانَتْ الْمُرْضِعَةُ زَوْجَتَهُ وَلَمْ يَنْبَغِ بِهَا حُرْمَتُ مَعَ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ بَنَى حَرَّمَ الْجَمِيعُ...
حرمت الكبيرة للأبد بالعقد على ابنتها .

وقوله : (مَعَ ذَلِكَ) أي : مع تحريم إحدى الرضيعتين وإن بنى بالكبيرة حرم الجميع ، أما الكبيرة فللعقد على بناتها ، وأما الصغيرتان فلأنهما بنتان لزوجة مدخولاً بها .

وَتُؤَدَّبُ الْمُتَعَمِّدَةُ لِلْإِفْسَادِ وَلَا غُرْمَ عَلَيْهَا .

نحوه في «المدونة» ؛ يعني : أن الكبيرة التي أرضعتهم سواء كانت زوجة أو أجنبية إن لم تكن متعمدة للرضاع فلا أدب عليها ، وإن كانت متعمدة أدبت لإفسادها عصمة أو أكثر على الزوج .

ابن عبد السلام : وهذا بين إن كانت عالمة بالحكم وفي الجاهلة نظر .

قوله : (وَلَا غُرْمَ عَلَيْهَا) لأن الزوج لا غرم عليه وهذا على المشهور ، أما على قول ابن حبيب ومحمد فلا .

وقد تقدم الكلام على ذلك كله عندما تكلم المصنف على هذه المسألة في فصل إسلام المجوسي ، وتقدم أيضاً عن ابن القابسي أن الفسخ على قول ابن القاسم فسخ بغير طلاق .
وَإِذَا اتَّفَقَ الزَّوْجَانِ عَلَى الرِّضَاعِ فُسخَ وَلَا صَدَاقَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَالْمُسَمَّى بَعْدَهُ .

يعني : إذا تزوج امرأة ثم اتفق هو وإياها على أنها أخته من الرضاع ؛ فإن كان ذلك قبل بنائه بها فسخ ولم يكن لها شيء كسائر الفسوخات ، وإن كان بعد البناء فسخ أيضاً ، وكان لها المسمى لها بما استحلت من فرجها .

والذي نص عليه ابن الكاتب وغير واحد: أنه إنما لها بعد البناء ربع دينار كالتي غرت من نفسها وتزوجت في العدة ورجع عليها بالصدّاق إلا بالربع ، زاد عبد الحق^(١): إلا أن تعذر بسبب ما مما يسقط كونها غارة فلا يرجع عليها بشيء .

وقال اللخمي : أو يكون الزوج عالماً فيكون لها الصداق إذا وقع الدخول .
وحمل ابن عبد السلام قول المصنف : (وَلَهَا الْمُسَمَّى بَعْدَهُ) على ما إذا لم تكن عالمة ، قالوا : أما إن كانت عالمة حين العقد فيسقط جميع المسمى إلا ربع دينار لم يكن الزوج حين العقد والدخول عالماً وكانت كالغارة ، قالوا : ولها ربع دينار ، وعلى هذا فيحمل كلام ابن الكاتب وغيره على ما إذا كانت عالمة حين العقد ، وكلام المصنف على ما إذا لم تكن عالمة .

وَأِنْ أَدْعَاهُ فَأَنْكَرَتْ أَخَذَ بِإِقْرَارِهِ ، وَلَهَا نِصْفُهُ .

(أَخَذَ بِإِقْرَارِهِ) أي: يفرق بينهما لإقراره بذلك كالطلاق ، فلذلك كان لها نصفه إن كان إقراره بذلك قبل البناء ، وجميعه إن كان ذلك بعده .

فَإِنْ أَدْعَتْ فَأَنْكَرَهُ لَمْ يَنْدَفِعْ وَلَا تَقْدِرُ عَلَى طَلَبِ الْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ .

يعني : وإن ادعت المرأة أنهما أخوان من الرضاع وأنكر ذلك الزوج لم يسمع منها ذلك ؛ لأنها تتهم على فسخ النكاح فلا يفسخ ، وهو معنى قوله : (لَمْ يَنْدَفِعْ وَلَا تَقْدِرُ عَلَى طَلَبِ الْمَهْرِ) ولا شيء منه قبل البناء لإقرارها بفساد العقد .

فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى إِقْرَارِهِمَا قَبْلَ الْعَقْدِ حُكِمَ عَلَيْهِمَا .

هكذا في «المدونة» ، ولا فرق بين أن يدعي ذلك أحد الزوجين أو لا يدعيه ، وقامت البينة على وجه الاحتساب ، ولا إشكال إن قامت البينة على إقرار الرجل لأن إقراره بعد العقد كافٍ في وجوب التفرقة ، فأحرى هنا ، ولهذا سقط الصداق عنه هنا مع قيام البينة بخلاف ما لو لم تقم ، وأما إن قامت على إقرار المرأة فيجب قبول قولها ؛ لأن المانع من قبوله مفقود وهو تهمتها على فسخ النكاح .

وَإِقْرَارُ الْأَبَوَيْنِ قَبْلَ النِّكَاحِ كإِقْرَارِهِمَا ، وَلَا يُقْبَلُ بَعْدَهُ .

يعني : أن إقرار مجموع أبوي الزوجين كإقرار الزوجين ، وسيتكلم على ما إذا أقر أحد الأبوين .

وقوله : (كَأَقْرَارِهِمَا) ؛ أي ويفسخ النكاح .

ابن حبيب : وعلى هذا اجتمع مالك وأصحابه ، فأما بعد الدخول فلا يقبل إلا أنه يتنزه عنها .

وَيُثْبِتُ الرِّضَاعُ بِشَاهِدَيْنِ أَوْ بِامْرَأَتَيْنِ إِنْ كَانَ فَاشِيًا مِنْ قَوْلِهِمَا قَبْلَ الْعَقْدِ وَإِلَّا لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الْمَشْهُورِ ...

يعني : ويثبت الرضاع بشاهدين ولا خلاف في ذلك ، وبامرأتين ؛ لأن هذا من الأمور التي لا يطلع عليها غالباً إلا النساء .

ابن عبد السلام : وظاهر كلامه أنه متفق على ذلك ، وقد صرح بذلك غير واحد ، ونقل بعضهم عن ابن الجهم أنه لا يقبل في ذلك إلا أربع نسوة .

وقوله : (إِنْ كَانَ فَاشِيًا مِنْ قَوْلِهِمَا) عائد على المرأتين فقط ، وأما الرجلان فلا يشترط فيهما ذلك .

قوله : (وَإِلَّا) أي : وإن لم يكن فاشياً لم يقبل قولهما على المشهور .

والمشهور مذهب «المدونة» ، والشاذ لمطرف وابن وهب وابن الماجشون وابن نافع وأصابع .

اللخمي : وهو أبين ، وقد يكون سكوتهما ؛ لأنه لم يحتج إلى شهادتهما ، فلو توجه الأداء عليهما لشهدتا إلا أن ينعقد النكاح بحضرتهما ولم ينكرا .

وقال غيره : الأول أصح ؛ لأن من شأن النساء التحدث بمثل ذلك ، فإن لم يسمع ذلك منهما إلا بعد العقد كان ذلك تهمة توجب رد شهادتهما .

وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ مِثْلُهُمَا .

أي : يشترط الفشو على المشهور ، واختلف الشيوخ هل يشترط العدالة مع الفشو ، أو

إنما تشترط مع عدم الفشو على مذهبين ، وإلى الثاني ذهب صاحب «البيان»^(١) ، والأول مقتضى كلام اللخمي .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر إطلاقاتهم .

وَفِي الْوَاحِدَةِ فَاشِيًا مِنْ قَوْلِهِمَا ، قَوْلَانِ .

المشهور عدم القبول ، ويستحب التتزه وهو مذهب «المدونة» ، والقول بالقبول أيضاً لمالك ، ورأى أيضاً : أن الفشو يقوم مقام شاهد آخر .

وَفِي انْفِرَادِ أُمِّ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ أَوْ أَبِيهِ إِذَا لَمْ يَتَوَلَّ الْعَقْدَ ، قَوْلَانِ .

تصور كلامه ظاهر ، ومراده إذا أقر بذلك قبل العقد وإلا فقد تقدم أنه لا يقبل إقرارهما معا بعده .

وما ذكره المصنف نحوه في ابن بشير وابن شاس^(٢) ، قالوا : واختلف في أم الزوج أو الزوجة هل هي كالأجنبية في هذا أو أرفع فتقع الفرقة بقولها ؛ لأنه لا يعرف إلا بقولها ولنفي التهمة .

وكذلك اختلف في أبي الزوجة أو الزوج هل هو كالأجنبي ؟ وذلك إذا لم يكن هو متولي عقد النكاح ، فإن كان متوليه كان كالزوج أو الزوجة ، وإذا أخبر ثم تولاه فسخ ، فإن لم يفسخ حتى كبر الولد وصار الحكم إليه فهل يفسخ نظراً إلى توليه أو لا يفسخ ويكون شاهداً نظراً إلى الحال ؟ فيه خلاف .

ومذهب «المدونة» : التفرقة بين إقرار الأب والأم ، ففيها : وإذا قال الأب : رضع فلان أو فلانة مع ابني الصغير أو مع ابنتي ، ثم قال : أردت الاعتذار ، لم يقبل منه ، وإن تناكحا فرق السلطان بينهما ، وفيها : وإن قالت الأم لرجل : أرضعتك مع ابنتي ، ثم قالت : كنت كاذبة أو معتذرة ، لم يقبل قولها الثاني ، ولا أحب له أن يتزوجها .

أبو محمد : فإن تزوجها لم يفرق القاضي بينهما ، فانظر كيف فرق بين إقرار الأب وإقرار الأم .

(١) «البيان والتحصيل» (٣٦٧/٥) .

(٢) «الجواهر» (٢٩٥/٢) .

ونقل ابن حبيب عن مالك عدم التفرقة فقال ما نقله اللخمي عنه : قال مالك وأصحابه إذا قالت ذلك في ابنتها أو ابنها أو قاله الأب في ولده أن التفرقة تقع بينهما بذلك ، ويحكم بالفراق إذا قالوه قبل النكاح .

وقال الشيخ أبو إسحاق : الأقرب ما في «المدونة» إلا أن تكون الأم وصية ؛ أي لأنها تصير كأنها العاقدة للنكاح فكانت كالأب .

عياض : وقيل : لا فرق بين أن تكون وصية أو غيرها بخلاف الأب .

قال في «النكت»^(١) : وينبغي أن يلحق الوصي بالأب ؛ لأن عقد النكاح إليه فهو كالأب .

عياض : واختلف إذا فسخ نكاحهما بقول الأب ، ثم كبر الابن ورشد هل ذلك القضاء تحريم وكالحكم بصحة رضاعهما ، وهو قول غير واحد ، وإنما هو حل للعقد لاعتراف عاقده وهو الأب بفساده ولا يسري ذلك إلى تحريم النكاح فيها بعد إذا لم يثبت .

قال في «النكت»^(٢) : ولو كان الأب إنما قال ذلك في ابنته الشب أو ابنه الكبير لم يقبل ذلك لا يعقد عليها كرها ، ولو قال ذلك في صغر الابنة ، ثم كبرت وصارت ثيباً فنكحته أمر الزوج بالفراق ولا يقضى عليه به .

ابن عبد السلام : وقال بعضهم فيما إذا قال ذلك في صغر الابن أو البنت ثم كبرا فنكحا قولين :

أحدهما : أنه يقضى عليه بالفراق .

والثاني : أنهما يؤمران به من غير جبر .

قال : وقد قيل أيضاً : يدخل فيه قولان إذا كانا كبيرين وإن لم يتقدم له قول في حال صغرهما .

وَيَسْتَحَبُّ التَّنْزَهُ وَلَوْ بِأَجْنِبِيَّةٍ لَمْ يَفْسُدْ مِنْ قَوْلِهَا .

يعني : أنه حيث لم توجب الشهادة الحكم بالتفرقة ، إما لأنه قول رجل أو امرأة أو

(١) «النكت والفروق» (١/ ٢٤٠) .

(٢) «النكت والفروق» (١/ ٢٤١) .

امرأتين ولم يفشُ من قولهما ، أو أم أحد الزوجين على القول بعدم إيجاب الفراق بذلك ، فيستحب التنزه ولو كانت الشهادة أضعف الشهادات وهي شهادة الأجنبية التي لم يفش ذلك من قولها ؛ لأن الصداق ممكن ولا ينبغي لشخص أن يقدم إلا على فرج مقطوع بحليته؛ وفي الصحيحين^(١) عن عقبة بن الحارث أنه تزوج بنتاً لأبي إهاب فجاءت أم سوداء وقالت : قد أرضعتكما ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال : «كيف وقد زعم؟!» وفي رواية : «دعها عنك» ففارقها ونكحت زوجاً غيره ، وقوله : «دعها» ظاهر في وجوب التفرقة لكن قوله : «كيف وقد زعمت»؟! ظاهر في حمل ذلك على الاستحباب .

وَيُعْتَبَرُ رَضَاعُ الْكُفْرِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ .

يعني : كالنسب ، فكما أن النسب لا يرتفع بالإسلام فكذلك الرضاع ولا خلاف فيه .

(١) أخرجه البخاري (٢٥١٦) .

كتاب النفقات

النَّفَقَاتُ : وَهِيَ يَنْكَاحٌ وَقَرَابَةٌ وَمِلْكٌ .

يعني : أن أسباب وجوب النفقة ثلاث وبقي رابع وهو الالتزام ، وسكت عنه لكونه إنما أراد ما تجب به في أصل الشرع .

فَتَجِبُ فِي النِّكَاحِ بِالدُّخُولِ أَوْ بِأَنْ يُسْتَعْنَى مِنْهُ الدُّخُولُ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا مَرِيضًا مَرَضَ السِّيَاقِ ، وَبِمَا يَجِبُ بِهِ الصَّدَاقُ ...

الأصل في الوجوب : ما في الصحيحين^(١) من حديث هند بنت عتبة أنها قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل عليّ في ذلك جناح ؟ فقال رسول الله ﷺ : « خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ولدك » .

وفي الصحيح^(٢) : من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : « أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غَنِيٌّ ، وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ السُّفْلَى ، وَأَبْدَأُ بِمَنْ تَعُولُ ، تَقُولُ الْمَرْأَةُ ، إِمَّا أَنْ تُطْعِمَنِي وَإِمَّا أَنْ تُطَلَّقَنِي ، وَيَقُولُ الْعَبْدُ : أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمَلْنِي ، وَيَقُولُ الْوَلَدُ : أَطْعِمْنِي إِلَى مَنْ تَدْعُنِي » قالوا : يا أبا هريرة هذا من رسول الله ﷺ سمعته ؟ قال : لا ، هذا من كيس أبي هريرة ، وقال : النسائي^(٣) في هذا الحديث : « ابدأ بمن تعول » ، فقيل : فمن أعول يا رسول الله ، قال : « امرأتك تقول أطعمني أو فارقني ، وخدامك تقول : أطعمني واستعملني ، وولدك يقول : إلى من تركتني » .

وقوله : (أَوْ بِأَنْ يُسْتَعْنَى مِنْهُ الدُّخُولُ) يعني : أن النفقة تجب بأحد وجهين : إما بالدخول ، وإما بأن يدعى إلى الدخول ، وكل واحد منهما صحيح أو مريض مرضاً لا يبلغ حد السياق .

(١) أخرجه البخاري (٢٠٩٧) ومسلم (١٧١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) أخرجه البخاري (٥٠٤٠) .

(٣) أخرجه النسائي (٢٥٤٣) .

واعلم أن المرض على ثلاثة أقسام : إن كانت مريضة يمكن منها الاستمتاع وجبت لها النفقة ، وإن بلغت حد السياق لم تجب ، وإن لم تبلغ حد السياق ولم يمكن منها الاستمتاع فمذهب «المدونة» الوجوب ، ومذهب سحنون في «السليمانية» عدمه كالصغيرة .

اللخمي : وهو أحسن وهو المفهوم من قول مالك .

وكلام المصنف جارٍ على مذهب المدونة ؛ لأن قوله : وليس أحدهما مريضاً مرض السياق ؛ يقتضي أن أحدهما إن كان مريضاً مرض السياق لا نفقة عليه ، ويقتضي أن ما دون ذلك لا يمنع النفقة .

ابن عبد السلام : وأنكر بعض المتأخرين عن اللخمي حكاية الخلاف في القسم الثالث . وقد ذكر ابن الحارث^(١) الخلاف كما ذكره اللخمي ، وليس قوله : وبما يجب به الصداق سبباً ثالثاً لوجوب نفقة الزوجة وإنما هو من تمام السبب الثاني ؛ إذ لا يكفي الدعاء إلى الدخول مع السلامة من المرض ، بل حتى يكون الزوج بالغاً على المشهور ومطيقاً للوطء على الشاذ وأن تكون هي مطيقة للوطء .

وفهم من كلام المصنف : أن النفقة لا تجب بمجرد العقد وهو المشهور ، وفهم جماعة من كتاب الزكاة الثاني من «المدونة» وجوب نفقة الزوجة بعقد النكاح وجعلوه خلافاً لما في النكاح .

وحكى صاحب «الطرر» وغيره عن سحنون التفرقة بين ذات الأب واليتيمة ، فتجب لليتيمة بالعقد دون ذات الأب .

وَتُعْتَبَرُ بِحَالِ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ ، وَالْبَلَدِ وَالسَّعْرِ اتِّفَاقًا .

يعني : أن الاعتبار في النفقة بحال الزوج والزوجة في العسر واليسر وكذلك أيضاً يعتبر البلد والسعر ؛ إذ ليس بلد الجذب كبلد الخصب وليس زمان الرخاء كزمان الغلاء فإن الناس يقنعون بالقليل في زمن الغلاء بخلاف الرخص ، وقد يقال : الاتفاق الذي حكاه المصنف منقوص بما سيأتي لابن القاسم أنه لا يلزم الحرير مطلقاً وإن كان عادتهم فانظره ، إلا أن يقال : كلامه هنا إنما هو بالنسبة إلى النفقة .

وإن وقع خلافٌ فَلتَغْيِرُهُ .

(١) «أصول الفتيا» (ص ١٩٢) .

يعني : أن ما وقع في المذهب من الخلاف في قدر النفقة وشبه ذلك فإنما هو لتغير حال البلد أو السعر .

وفي بعض النسخ (فلغيره) وليست بجيدة ؛ لأنه ليس الخلاف لغير المذكور بل لما ذكر ، ويحتمل ضمير فلتغيره أن يعود على المتقدم ، ويحتمل عوده على البلد ، ألا ترى قوله : (وَقَدَّرَ مَالِكٌ... إلخ) .

ابن راشد : ويحتمل أن يعود على الحال ؛ أي ليس في المذهب خلاف في اعتبار حال الزوج والزوجة .

ويحتمل أن يعود على السعر وهو عندي أصوب ؛ لقوله : (وَقَدَّرَ مَالِكٌ الْمُدَّ فِي الْيَوْمَيْنِ... إلخ) قال : ولكن ما ذكره من اعتبار حال الزوج يشكل بالمرأة الأكلة جداً فإن الواجب عليه أن يشبعها أو يفارقها ، فإذا كانت المرأة تأكل ربية وحاله مدأ ومدين فأين اعتبار حاله ، وإنما ذكر ما هو الغالب ، أما لو استأجر أجيراً بطعامه فظهر أكله في «المبسوط» : له أن يفسخ الإجارة ؛ لأنه كعيب وجده إلا أن يرضى الأجير بطعام وسط فليس عليه أن يجبره على ذلك ؛ لئلا يضر به .

بعض الأصحاب : ويحتمل أن يعطيه طعاماً وسطاً كمن استؤجر على حمل رجلين لم يرهما فأوتي بهما عظيمين فلا يلزمه حملهما ويأتي بالوسط وفيه نظر ؛ لأن المحمول لا يتعين فلذلك ألزم فيه الوسط .

وَقَدَّرَ مَالِكٌ الْمُدَّ فِي الْيَوْمَيْنِ ، وَقَدَّرَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَيَتَيْنِ وَنِصْفًا فِي الشَّهْرِ إِلَى ثَلَاثَةِ ؛ لِأَنَّ مَالِكًا بِالْمَدِينَةِ ، وَابْنُ الْقَاسِمِ بِمِصْرَ ، وَقَالَ : إِنْ أَكَلَ النَّاسُ الشَّعِيرَ أَكَلَتْهُ...

هذا تمثيل للخلاف الواقع لاختلاف البلد أو السعر ، والمراد بالمد هنا المد الهشامي وهو منسوب إلى هشام بن إسماعيل المخزومي وكان أميراً بالمدينة في خلافة هشام بن عبد الملك ، كانت المرأة تأتيه ليفرض لها النفقة فكان يستقل أن يفرض لها بالمد الأصغر فرأى الزيادة عليه فزاد ثم زاد ، ثم جمعه وجعله مدأ ، وتبعه على ذلك حكام المدينة وبلغ ذلك مالكا فاستحسنه لما كان هو غالب أقواتهم .

ابن حبيب وغيره : وفي الوية اثنان وعشرون مدأ بمد النبي ﷺ .

وقوله : (لَأَنَّ مَالِكًا... إلخ) بيان للوجه الذي قاله كل منهما لتوسع أهل مصر واقتصار أهل المدينة على القليل .

وقوله : (وَلَوْ أَكَلَ النَّاسُ الشَّعِيرَ ... إلخ) تصوره ظاهر .

وَأَمْرُ الإِدَامِ كَذَلِكَ ، وَلَا يُفْرَضُ مِثْلُ الْعَسَلِ ، وَالسَّمْنِ ، وَالْحَالُومِ ، وَالْفَاكِهِةِ ،
وَيُفْرَضُ الْخَلُّ ، وَالزَّيْتُ ، وَالْحَطْبُ ، وَالْمَاءُ ، وَالْمِلْحُ ، وَاللَّحْمُ الْمَرَّةَ بَعْدَ الْمَرَّةِ ، قَالَ :
وَلَيْسَ الْمُرْضِعُ كَغَيْرِهَا فَتَزَادَ مَا تَقَوَّى بِهِ كَذَلِكَ .

أي : فيعتبر بحال الرجل والمرأة والسعر والبلد ، ابن حبيب : ولا يفرض لها فاكهة ولا
عسل ولا جبن ولا طير ونحوه ، نقله اللخمي عن محمد إلا أنه لم ينص على عدم فرض
الفاكهة ، قال : وقول ابن حبيب : لا تفرض فاكهة ؛ يحسن في المتوسط لا في ذي اليسار .
وزاد ابن شاس^(١) عنه بعد قوله : ولا فاكهة لا خضراء ولا يابسة ولا القطنية ولا ما
أشبه ذلك ؛ ويفرض الخل والزيت للأكل والوقيد والماء للشرب والغسل والوضوء .

وقوله : (وَاللَّحْمُ الْمَرَّةَ بَعْدَ الْمَرَّةِ) قالوا : ولا يفرض كل يوم .

وقوله : (وَلَيْسَ الْمُرْضِعُ كَغَيْرِهَا) أي : فتزاد بحسب الحال .

فرعان :

الأول : لو أراد الرجل أن تاكل معه المرأة ولم ترض المرأة إلا بالفرض فالقول قولها ،
نص عليه غير واحد ، وكذلك أيضاً تضم نفقة بنيه الأصاغر إلى نفقتها إلا أن يكون مقلداً
فلا تضم نفقتهم معها ، وينفق على ولده بقدر طاقته وإلا فهم من فقراء المسلمين ، ولا
يفرق بينهم وبين أمهم وجد ما ينفق عليهم أم لا ، قاله المتيطي .

الثاني : لو مرضت المرأة فقل أكلها أو خرجت قليلة الأكل وطلبت قوتاً كاملاً فهل
يقضي لها به أم لا يقضي لها إلا بكفايتها ؟

أبو عمران : يقضي بالوسط وتصرف الباقي فيما أحببت ، وتردد في ذلك ابن سهل .

وقال المتيطي : الصواب عندي أنه لا يكون لها إلا ما تقدر عليه من الأكل ، وذلك

أحق في المريضة من الصحيحة ؛ إذ النفقة في مقابلة الاستمتاع .

ابن راشد : وليس لمالك فيها نص .

وَأَمْرُ الْكِسْوَةِ كَذَلِكَ .

أي : فيرجع أيضاً في جنسها ، وقدرها إلى حالها وحاله في النفقة ، ويعتبر أيضاً الزمان والمكان .

مِمَّا يَصْلُحُ لِلشَّاءِ وَالصَّيْفِ مِنْ قَمِيصٍ ، وَجُبَّةٍ ، وَخِمَارٍ ، وَمَقْنَعَةٍ ، وَإِزَارٍ ، وَشِبْهِهِ مِمَّا لَا غَنَاءَ عَنْهُ وَغِطَاءٍ ، وَوِطَاءٍ ، وَوِسَادَةٍ ، وَسَرِيرٍ ، إِنْ أَحْتَجَّ إِلَيْهِ لِعَقَارٍ أَوْ بَرَاغِيثٍ أَوْ فُتْرَانٍ ...

تصوره واضح ، وذكر ابن حبيب أكثر مما قاله المصنف على حسب ما اقتضته بلاده كالقرو واللفافة .

وقوله : (وَإِزَارٍ) يحتمل أن يريد به ما تشده في وسطها ، ويحتمل أن يريد به ما تنأزر به في خروجها فيؤخذ من كلامه أنه يفرض عليه الإزار للخروج .

وفي اللخمي : ويختلف في ثياب خروجها كالثياب التي جرت العادة أن تخرج بها والملحفة ، والظاهر من المذهب لا شيء لها ، وقال في «المبسوط» : يفرض على الغني ثياب خروجها .

ابن حبيب : وعليه حصير من حلف أو بردي يكون تحت الفراش ، وينبغي أن يرجع إلى العرف في جميع هذه الأشياء .

قَالَ أَشْهَبُ : وَمِنْهُمْ لَوْ كَسَاهَا الصُّوفَ أَنْصَفَ ، وَأُخْرَى لَوْ كَسَاهَا الصُّوفَ أَدْبَ .

هذا ظاهر ؛ لأن حكم الكسوة يختلف باختلاف أحوال الزوجات .

قَالَ مَالِكٌ : وَلَا يَلْزَمُهُ الْحَرِيرُ ، فَعَمَّمَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَتَأَوَّلَهُ ابْنُ الْقَصَّارِ لِلْمَدْنِيَّةِ

لِقِنَاعَتِهِمْ ...

تأويل ابن القصار هو الصواب عند جماعة من الشيوخ .

وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا هُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ يُفْرَضُ ، وَمَا هُوَ زِيَادَةٌ فِي مَعْنَى السَّرَفِ لَا يُفْرَضُ ، وَمَا

هُوَ مِنَ التَّوَسُّعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا وَلَكِنَّهُ عَادَتُهَا فِيهِ قَوْلَانِ ...

هذا الضابط الذي ذكره المصنف لابن بشير ، ومن أمثلة ما هو من التوسع بالنسبة إليها

ولكنه عاداتها : الحرير .

قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ : وَلَا يَلْزِمُهُ مَا هُوَ مِنْ شُورَتِهَا الَّتِي هِيَ مِنْ صَدَاقِهَا مِنْ مَلْبَسٍ وَغِطَاءٍ وَوِطَاءٍ ، وَلَهُ عَلَيْهَا الْأَسْتِمْتَاعُ مَعَهَا بِهِ...

ما ذكره عن عبد الملك قاله ابن حبيب وجماعة من الشيوخ أيضاً ، وهو جارٍ على المشهور أن المرأة يلزمها أن تجهز بصادقها ، وأما على الشاذ فلا .

ابن حبيب : وإن طال العهد وخلقت الشورة أو لم يكن في صداقها ما تتشور به ، فعليه الوسط من ذلك لما يصلح للشتاء والصيف ، وكذلك قال أصبغ : يفرض الوسط لمن لا شورة لها .

وَلَهَا مِنَ الزَّيْنَةِ مَا تَسْتَضِرُّ بِتَرْكِهِ كَالْكُحْلِ الْمُعْتَادِ ، وَالْحِنَاءِ ، وَالذَّهْنِ لِمُعْتَادَتِهِ ، وَنَفَى ابْنُ الْقَاسِمِ الْمُكْحَلَةَ .

هو ظاهر التصور .

ابن المواز : وعليه الحناء لرأسها .

ابن حبيب : وعليه دهن رأسها ويسير حناء ومشط وكحل .

وروى ابن المواز عن ابن القاسم : ليس عليه نضوح ولا صباغ ولا مشط ولا مكحلة ، وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب : لها الحناء لرأسها ، وليس عليه الطيب والزعفران وخضاب اليمين والرجلين إلا أن يشاء .

الباجي^(١) : ومعنى ذلك عندي أنه ليس عليه من زينتها إلا ما تستضر بتركه كالكحل الذي يضر تركه من تعاده والمشط بالحناء والدهن لمن اعتاد ذلك ؛ لأن ترك ذلك لمن اعتاده يفسد الشعر ويمزقه ، والذي نفى ابن القاسم إنما هو المكحلة ولم ينف الكحل نفسه ، فتضمن القولان أن الكحل يلزمه دون المكحلة ، وعلى هذا يلزمه ما تمتشط به من الدهن والحناء دون الآلة التي تمتشط بها .

وَلَا يَلْزِمُهُ دَوَاءٌ ، وَلَا أُجْرَةٌ حَجَّامٍ .

هذا أكثر نصوصهم وهو قول ابن حبيب ، ونقل ابن زرقون عن ابن حبيب محمد بن

عبد الحكم : أنه يلزمه أجر الطبيب والمداواة ، وهو الظاهر .

بِخِلَافِ أُجْرَةِ الْقَابِلَةِ لِلْوَلَدِ عَلَى الْأَصَحِّ .

أي : فتلزمه ، والأصح لأصبح وهو اختيار غير واحد ؛ لأنها مما لا بد لها منه كالنفقة ، ونقل المتيطي وغيره قولاً أن الأجرة كلها على المرأة .

وقال محمد : إن كانت المنفعة للمرأة فعليها ، وإن كانت للولد فعلى الأب ، وإن كانت لهما فذلك بينهما ، ويمكن أن يكون مراد المصنف بـ (الأصح) قول محمد لقوله : (لِلْوَلَدِ) والله أعلم .

وَأَمْرُ السُّكْنَى كَذَلِكَ .

أي : فيقدر بحالهما كما في النفقة والكسوة .

وَلَهَا إِحْدَاهُمَا بِكَرَاءٍ أَوْ شِرَاءٍ إِنْ كَانَتْ ذَاتَ قَدْرٍ وَكَانَ قَادِرًا .

اختلف هل يجب الإخدام على جميع الأزواج كالنفقة والكسوة أو يشترط الاتساع لذلك؟ وكلام المصنف محتمل لكل منهما ؛ لأنه إن أراد بالقدرة مطلق القدرة كان كالقول الأول ، وإن أراد بالقدرة الاتساع كان كالثاني .

وقوله : (بِكَرَاءٍ أَوْ شِرَاءٍ) يريد : أو ينفق على خادمها .

الباجي (١) : أو يخدمها هو بنفسه .

فرعان :

الأول : فإن ادعى الزوج أنه غير مستطيع للإخدام ففي كون القول قوله أو قولها قولان حكاهما صاحب «الطرر» .

الثاني : إذا عجز عن الإخدام وقدر على النفقة والكسوة ففي «البيان» (٢) : المشهور أنه لا يطلق عليه بذلك .

وروى المغيرة عن ابن الماجشون : أنه يطلق به عليه ، قال الجوهري (٣) : والخادم من يقوم بأمرها مما يليق بمثلها .

(١) «المنتقى» (٦/ ٢٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٦٨) .

(٣) «الصحيح» (١/ ١٦٥) .

وَفِي إِلْزَامِهِ أَكْثَرَ مِنْ خَادِمٍ فِي الرَّفِيعَةِ - ثَالِثُهَا : إِنْ طَالَبَهَا بِأَحْوَالِ الْمُلُوكِيَّةِ لَزِمَهُ...
القول باللزوم لمالك وابن القاسم ، ومقابله لابن القاسم في «الموازاة» وقاله أصبغ ،
والثالث ذكره ابن بشير .

قال ابن راشد : وجعله إسحاق بن إبراهيم على ما نقله عنه ابن مزين تفسيراً للأول
والأظهر الأول ، وعندنا بمصر من يحتاج إلى خدام كثيرة .

فَإِنْ كَانَ لَهَا خَادِمٌ وَاخْتَارَتْ بَقَاءَهَا لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا .

هكذا قال مالك وابن القاسم : أنها إن طلبت الإنفاق على خادمها دون خادمه أن
القول قولها .

ابن شاس^(١) : إِنْ كَانَ أَنْ تَضْمَرَ رِبِيَّةً ، قِيلَ : وَلَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ بِمَجْرَدِ دَعْوَاهُ ذَلِكَ إِلَّا
أَنْ يَأْتِيَ بَيِّنَةً عَلَى قَوْلِهِ أَوْ يَعْرِفَ ذَلِكَ جِيرَانُهُ .

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أَهْلًا لِلْخَادِمِ أَوْ كَانَ فَقِيرًا فَعَلَيْهَا الْخِدْمَةُ الْبَاطِنَةُ مِنْ عَجْنٍ وَكَنْسٍ وَفَرَشٍ
بِخِلَافِ النَّسْجِ وَالْغَزْلِ وَشِبْهِهِ...
تصوره ظاهر .

ابن شاس^(٢) : وَكَذَلِكَ عَلَيْهَا الطَّبِخُ وَاسْتِقَاءُ الْمَاءِ إِنْ كَانَ مَعَهَا فِي الدَّارِ ، وَإِنْ كَانَتْ
بِبَلَدٍ عَادَتُهُمْ اسْتِقَاءُ الْمَاءِ فَعَلَيْهَا ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ لَيْسَ عَادَتُهُمْ اسْتِقَاءُ قَالَ فِي «الْبَيَانِ»^(٣) :
إِلَّا أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ مِنْ أَشْرَافِ النَّاسِ الَّذِينَ لَا يَمْتَهِنُونَ أَزْوَاجَهُمْ فِي الْخِدْمَةِ فَعَلَيْهِ الْإِخْدَامُ ،
وَإِنْ لَمْ تَكُنْ زَوْجَتَهُ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْدَارِ .

ابن خويز منداد : وَعَلَى الْمَرْأَةِ أَنْ تَخْدُمَ خِدْمَةً مِثْلَهَا ، فَإِنْ كَانَتْ ذَاتَ قَدَرٍ فَخِدْمَتُهَا
الْأَمْرُ وَالنَّهْيُ فِي مَصَالِحِ الْبَيْتِ ، وَإِنْ كَانَتْ دُنْيَا فَعَلَيْهَا خِدْمَةُ الْبَيْتِ .

وقوله : (بِخِلَافِ النَّسْجِ وَالْغَزْلِ) يريد : وَالْخِيَاطَةَ وَنَحْوَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ خِدْمَةِ
الْبَيْتِ ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ أَنْوَاعِ التَّكْسِبِ وَلَيْسَ عَلَيْهَا أَنْ تَتَكَسَّبَ إِلَّا أَنْ تَتَطَوَّعَ بِهِ .

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٠٠) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٠٠) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٢٦) .

فرع :

للزواج أن يمنع زوجته من أكل الثوم والكراث وكل ما له رائحة كريهة ، وله منعها من الغزل ونحوه نقله ابن راشد .

وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ مَنَعُ أَبِي الْمَرْأَةِ وَوَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ أَنْ يَدْخُلُوا إِلَيْهَا ، وَإِنْ حَلَفَ أَحْنَثَ .

إنما لم يكن له منع أبويها وولدها من غيره من الدخول إليها ؛ لأن العادة تقتضي الدخول إليها والتزاور ، وقد ندب الشرع إلى ذلك المشاور ، فإن اتهمهما في إفسادها زارها في كل جمعة مرة بأمانة تحضر معهما لئلا يخلوا بها .

وفي «المتيطة» : إذا كان للمرأة أولاد من غيره قضى للأصاغر بالدخول عليها في كل يوم وللكبار في كل جمعة .

وظاهر قوله : (وَإِنْ حَلَفَ أَحْنَثَ) أنه يحنث بمجرد حلفه ألا يدخلوا إليها ، وهو قول مالك في سماع أشهب .

وقال ابن حبيب : لا يحنث حتى يحلف ألا يدخلوا إليها ولا تخرج إليهم ، وينبغي أن يكون الحال في الولد أشد ولاسيما مع صغر السن ، فإن حلف على أبويها أن لا يدخلوا ولا تخرج إليهما ، فقليل : يجبر على تحنيته بأي الأمرين شاء ، إما بدخولهما إليها وإما بخروجها إليهما ، وقيل : يجبر على الدخول أو الخروج ولا يحنث حتى يزيد في يمينه ، ولو حكم عليه حاكم وهما على الخلاف في إكراه القاضي هل يمنع من الحنث أم لا؟
وَلَوْ حَلَفَ عَلَى مَنَعِهَا هِيَ مِنَ الْخُرُوجِ لَمْ يُحْنَثْ .

إنما لم يحنث هنا ؛ لأنه حلف على من له عليه الحكم بخلاف ما سبق .

وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَمْنَعَهَا مِنَ الْخُرُوجِ إِلَيْهَا فِي لَوَازِمِ الْحُقُوقِ ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يُحْنَثْ ...

هذه المسألة لم تثبت في كل النسخ وسقطت من نسخة ابن عبد السلام وثبتت في نسخة ابن راشد ، فقال : يريد ما قاله مالك أرى أن يقضى عليه بأن تشهد جنازة أبيها وأمها وتزورهما في الأمر الذي فيه الصلاح والصلة ، وأما الحمام والجناز فلا أرى عليه ذلك .

وتحقيق المذهب: أن المرأة إذا أرادت الخروج إلى أبيها وأمها فإن كانت متجالة فلا خلاف أنه يقضى لها بالخروج إلى زيارتهما ، وإن كانت شابة وهي غير مأمونة فلا خلاف أنها لا يقضى لها بذلك ولا إلى الحج ، كذا رواه ابن عبد الحكم عن مالك ، وإن كانت مأمونة فقولان :

أحدهما : أنه يقضى عليه بذلك ، والآخر: أنه لا يقضى حتى يمنعها من الخروج إليهم ويمنعهم من الدخول إليها ، فحينئذ يقضى عليه بأحدهما .

قال ابن حبيب : والشابة محمولة على أنها مأمونة حتى يثبت أنها غير مأمونة ، وعلى هذا فقول المصنف : فلو حلف على ذلك لم يحنث ؛ ليس على إطلاقه .

فرعان :

الأول :

قال مالك في «العتبية»^(١) : ليس للرجل أن يسكن أولاده من امرأة مع امرأة له أخرى ، ولا يجمعهم في مسكن واحد إلا أن ترضى .

مالك : وليس له أن يسكن معها أبويه إلا برضاها .

قال في «البيان»^(٢) : لما عليها من الضرر من اطلاعهم على أمرها وما تريد أن تستره عنهم من شأنها ، وقال ابن الماجشون في المرأة تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة فتقول: إن أهلك يؤذونني فأخرجهم عني ، أو أخرجني عنهم : رب امرأة لا يكون لها ذلك يكون صداقها قليلاً وتكون وضیعة القدر ، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها وفي المنزل سعة ، فأما ذات القدر فلا بد له أن يعزلها عنهم ، وإن حلف ألا يعزلها أحمل على الحق أبره ذلك أو أحتته .

قال في «البيان»^(٣) : وليس قول ابن الماجشون عندي خلافاً لمذهب مالك .

الثاني: إذا كان للمرأة أولاد من غير زوجها وأراد إخراجهم عنه وأبت ذلك ، فإن لم يكن لأولادها من يحضنهم فليس للزوج إخراجهم ، وليس له إلا البقاء معهم أو التطليق

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٥٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٥٠) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٥١) .

علم بهم أو لم يعلم ، وإن كان للأولاد من يحضنهم فإن لم يعلم الزوج بهم فلا يلزمه أن يكونوا معه وله إخراجهم ، وكذلك إذا علم بهم وأبى من البناء بها لأجلهم ، وأما إن علم بهم وبنى بالأم وهو عالم أن لها ولداً ثم أراد إزالته عنها ففي ذلك قولان : ظاهر ما في «العتبية» أنه ليس له إزالته ، وقال ابن الماجشون : له ذلك .

وَيَجُوزُ أَنْ تُعْطَى عَنْ جَمِيعِ لَوَازِمِهَا ثَمَنًا إِلَّا الطَّعَامَ فَفِيهِ قَوْلَانِ .

ظاهره : أن الذي على الزوج في الأصل هو ما يفرض للمرأة لا ثمنه ، وأن للزوج أن يعطي الثمن عن ذلك ، وهو ظاهر المذهب .

وقال ابن وهب : هو بالخيار إن شاء فرض ذلك وإن شاء فرض ثمنه .

واستشكله عياض وقال : القياس ألا يكون له دفع الثمن إلا برضاها ؛ لأنه إنما هو وجب عليه طعام وكسوة ولم تجب عليه قيمة فلا يلزم الزوج غير ذلك ، وكذلك لا يلزمها قبول الثمن لما يلزمها من مؤنة تكليف الشراء ، وقد تختلف الأثمان بارتفاع الأسواق فيضرب ذلك بها .

وحكى أبو الحسن في المسألة أربعة أقوال : قيل : يفرض الثمن ، وقيل : العين ، وقيل : إن كانت الأعيان مما يجوز بيعها قبل قبضها فرض لها الأثمان ، وإن كانت عما لا يجوز بيعها قبل قبضها فرض لها الأعيان ، وقيل : الإمام مخير بين أن يفرض لها الأثمان أو الأعيان ، وأخذ من «المدونة» من قوله : إن للرجل أن يحاسب امرأته بدينه الذي له عليها من نفقتها أنه إن شاء دفع النفقة عيناً لم يجبر على غير ذلك .

وقوله : (إِلَّا الطَّعَامَ فَفِيهِ قَوْلَانِ) منشأهما : هل تحريم بيع الطعام قبل قبضه غير

معلل فيمنع ، أو معلل بالغية فيجوز ؛ لأنها مفقودة بين الزوجين ؟

وَتَقْدِيرُ زَمَانِ النَّفَقَةِ عَلَى حَالِ الزَّوْجِ فَقَدْ يَكُونُ بِالْيَوْمِ أَوْ بِالْجُمُعَةِ أَوْ بِالشَّهْرِ وَقَدْ يَكُونُ

بِخَبْزِ السُّوقِ ...

لأن من الناس من يكون رزقه باليوم كالصناع والأجراء فيفرض عليهم به ، ومنهم من يكون بالجمعة فيفرض عليهم بها ، ومنهم من يكون بالشهر فيفرض عليهم به ، وأجاز ابن القاسم أن يفرض بالسنة ومنع ذلك سحنون لحالة الأسواق ، وقد يكون بخبز السوق ؛ لأن بعض الناس لا يقدر إلا على ذلك .

اللخمي : وأما الكسوة فتفرض مرتين في الشتاء والصيف ؛ لأنها مما لا يتبعض ، وتكون بالشهر والأيام وكذلك الغطاء والوطاء .

وَتَضْمَنُهَا بِالْقَبْضِ ، وَكَذَلِكَ نَفَقَةُ وَلَدِهَا .

يعني : أن المرأة إذا قبضت نفقة مدة مستقبله فضمانها لو هلكت منها ، وسواء قامت لها البينة على الضياع أم لا ، هذا ظاهر «المدونة» ونص «الموازية» .

وخرج اللخمي قولا بسقوط الضمان مع قيام البينة على الضياع مما قيل في الصداق العين .

ابن بشير : ولا يلزم ؛ لأن الخلاف في الصداق إنما هو إذا طلق فوجب الرجوع بنصفه ، وفي المذهب قولان : هل تستحق جميعه بالعقد أم لا ؟ وأما النفقة فقد وجبت لها . وقوله : (وَكَذَلِكَ نَفَقَةُ وَلَدِهَا) أي : تضمنها .

عياض : إلا أن تقدم لها بينة على الهلاك فلا تضمنها ؛ لأنها لم تقبضها لنفسها ولا هي متمحضة للأمانة ؛ لأنها إنما أخذتها لحق ولدها فتضمنها كالرهن والعواري ، وهذا إنما هو فيما تأخذه لولدها من كسوة ونفقة للإنفاق عليهم ، وأما ما تأخذه أجرة للرضاع بعد الطلاق فهو كنفقتها .

ابن عبد السلام : وذكر بعضهم فيما تلف مما قبضته لها ولولدها من كسوة ونفقة ببينة ثلاثة أقوال : قيل : تضمنه وقيل : لا تضمنه ، والفرق بين ما تقبضه عن نفسها فتضمنه وما قبضته عن ولدها فلا تضمنه ، وقيل : كل ما تقبضه لولدها أنها مصدقة في تلفه وتحلف . وَيُحَاسِبُهَا مِنْ دَيْنِهِ إِنْ كَانَتْ مُوسِرَةً ، وَإِلَّا فَلَا .

يعني : إذا كان له على زوجته دين وطلبته بنفقتها فله المقاصة ما لم يؤد ذلك إلى ضررها كما إذا كانت فقيرة ، وكذلك قال في «المدونة» : قيل : ومعناه أن دينها من نوع ما فرض عليه ، وأخذ من هذه المسألة شيثان :

أولهما : إلزام المتدينين المقاصة إذا دعا إليها أحدهما وهو المشهور وسيأتي .

وثانيهما : أن للزوج دفع النفقة عيناً ولا يجبر على غير ذلك ، إلا أن هذا الثاني لا يتم على تأويل من تأول أن الدين من جنس ما وجب لها عليه ، والله أعلم .

وَتَسْقُطُ النَّفَقَةُ بِالنُّشُوزِ .

ابن شاس^(١) : هذه هي الرواية المشهورة ، وذكر ابن بشير : أن الأبهري وغيره حكوا الإجماع عليها ، وفيه نظر ؛ لأن في «الموازية» : أنها لا تسقط به .

المتطيبي : وهو الأشهر ، وفرق سحنون : فإن نشزت لبغضه فلها النفقة لا إن كان لدعواها الطلاق ، والسقوط هو اختيار الباجي واللخمي وابن يونس وغيرهم ، وهو قيد بها إذا لم تكن حاملاً ، نص عليه صاحب «الكافي»^(٢) وغيره .

وَهُوَ : مَنَعُ الْوِطْءِ وَالِاسْتِمْتَاعِ ، أَوْ الْخُرُوجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَلَا يَقْدِرُ عَلَى رَدِّهَا ، وَأَمَّا الْقَادِرُ فَيَتْرُكُهَا فَلَهَا اتِّبَاعُهُ بِالنَّفَقَةِ...

هذا تفسير للنشوز المسقط للنفقة وتصورة ظاهر ، والخروج مرفوع بالعطف على منع ، وكلام المصنف يقرب من كلام صاحب «الجواهر»^(٣) .

وفي كتاب «الوقار» : وإن حجبت نفسها من زوجها وطلبت منه النفقة فلا نفقة لها ما حجبت عنه نفسها ، وإن كانت معه في منزل فمنعتة نفسها فعليه النفقة وعليه الاحتيال في الوصول إليها ، وظاهر كلام المصنف أنها إذا منعتة الوطء فهو نشوز وإن كانت معه في الدار .

قوله : (وَأَمَّا الْقَادِرُ فَيَتْرُكُهَا فَلَهَا اتِّبَاعُهُ بِالنَّفَقَةِ) هكذا نص عليه ابن القاسبي وهو ظاهر ؛ لأن النشوز حينئذ لا يتحقق ؛ إذا قدرته على الرد قدرة على الاستمتاع ، ولكن يؤدبها هو أو غيره على خروجها بغير إذنه .

ابن عبد السلام : وينبغي أن يكون وجوب النفقة لها هنا متفقاً عليه وهو ظاهر كلام بعضهم ، على أن بعضهم عده قولاً آخر للقاسبي .

وَلَهُ السَّفَرُ بِهَا وَإِنْ كَرِهَتْ .

هذا بشرط أن يكون مأموناً عليها ، وأن يكون البلد الذي يسافر إليه مأموناً ، والسفر كذلك نص عليه ابن الجلاب^(٤) .

(٢) «الكافي» (ص/٢٥٥) .

(٤) «التفريع» (٢/٧٩) .

(١) «الجواهر» (٢/٣١٥) .

(٣) «الجواهر» (٢/٣١٥) .

وَتَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ الْبَائِنِ دُونَ الرَّجْعِيِّ .

سقطت بالبائن لانقطاع الزوجية ولقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦] والمراد المطلقة البائن ، فدل على أنه لا نفقة لها إذ لم تكن حاملاً ، وأما الرجعي فهي في حكم الزوجة .

وَالْبَائِنُ فِي السُّكْنَى وَنَفَقَةِ الْحَمْلِ كَالرَّجْعِيِّ .

للآية المتقدمة ، واعلم أن أصحابنا حيث ذكروا نفقة الحمل فإنما يريدون حمل البائن ، وأما من في العصمة والرجعية والمتوفى عنها فلا نفقة لحملهن ، أما الأوليان فلاندرج نفقة الحمل في النفقة عليهما ، وأما المتوفى عنها فحملها وارث ، وحيشما وجبت النفقة وجبت الكسوة .

ابن القاسم : وإن طلبت المبتوتة الحامل الكسوة فإن كانت في أول الحمل فذلك لها ، وإن لم يبق من آخر الحمل إلا ثلاثة أشهر ونحوها قُومَ ما كان يصير لتلك الشهور من الكسوة ، ولو كسيت في أول الحمل ، ثم أعطيت تلك القيمة دراهم .

قال في «البيان» ^(١) : وقوله : إن كانت في أول الحمل فذلك لها ؛ إنما هو إذا كانت الكسوة مما تبلى في مدة الحمل ، وأما إن كانت مثل الفرو وشبهه فالوجه أن ينظر إلى ما ينقصه اللباس في مدة الحمل فيعرف ما يقع للأشهر الباقية .

فروع :

الأول : قال اللخمي : اختلف إذا بليت الكسوة قبل الوقت الذي فرض لها هل يكون كحكم مضى أم لا كالحارص يتبين خطؤه والذي أخذ دية عينه ثم برئت ، فقد اختلف في ذلك .

الثاني : قال في كتاب القذف من «المدونة» ^(٢) : قال مالك : وإن دفع إليها نفقة سنة أو كسوتها بفريضة أو بغير فريضة ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين أو شهر أو شهرين فلترد النفقة بقدر ما بقي من السنة ، واستحسن في الكسوة ألا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر لا ترد شيئاً ، فقال : لا يعتدل هذا تعطيها الكسوة تلبسها ثلاثة أشهر ثم لا تتبع بشي .

(١) «البيان والتحصيل» (٣٦٣/٥) .

(٢) «المدونة» (٢٠٤/٦) .

الثالث : سئل ابن عتاب عن المطلقة الموضع أو الحامل هل لها خدمة على الزوج إن كانت عنده مخدومة قبل الطلاق ؟ فقال : لا خدمة لها وعليها خدمة نفسها . قال : ويحتمل أن تزداد الموضع في الأجرة لاشتغالها بالولد وما تتكلفه من مؤنته .

أبو الأصبغ : وفي « المدونة » في الحامل والمحضونين خلاف ما ذكره .

فَلَوْ مَاتَ فَالْمَشْهُورُ وَجُوبَهَا فِي مَالِهِ ، وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ : هِيَ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا سَوَاءٌ .

يعني : فلو طلقها زوجها طلاقاً بائناً فوجب لها السكنى ثم مات عنها قبل أن تنقضي عدتها فالمشهور لا يسقط ما وجب لها بموته ؛ لأن السكنى وجبت ديناً عليه .

(وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ : هِيَ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا سَوَاءٌ) لا سكنى لها . واختار هذه الرواية يحيى بن عمر وصاحب « البيان » .

وقال في « البيان »^(١) : لأن السكنى لم تتقرر في ذمته بدليل أنه لو أعسر في حياته لسقط عنه السكنى ، قال : ولو كان الطلاق رجعياً لم يختلف في سقوط السكنى كما تسقط النفقة لأن المرأة ترجع إلى عدة الوفاة فلا سكنى لها إلا أن تكون الدار للميت أو نقد كرائها . انتهى .

واختلف الشيوخ في فهم رواية ابن نافع ؛ ففهمها بعضهم على أنه لا سكنى لها مطلقاً ، وفهمها بعضهم على أنها لا سكنى لها حيث لا سكنى للمتوفى عنها زوجها ، أعنى إذا لم تكن الدار للميت ولا نقد كرائها وإلا فتجب كما تجب للمتوفى عنها وهو ظاهر لفظ التسوية المذكورة في الرواية .

ومن فهمها على الوجه الأول عد التفرقة قولاً ثالثاً ؛ لأنه وقع نص لابن القاسم في « المدونة » .

تنبيه : ما ذكره المصنف أنه المشهور وهو مذهب « المدونة » نص عليه في باب نفقة المعتدات ، وعارضه فضل بما في إرخاء الستور إذا خالع حاملاً فلزمته النفقة ثم مات أنها تنقطع عنها بموته .

قال فضل : هذا خلاف ما له في كتاب طلاق السنة وهو موافق لرواية ابن نافع .

(١) « البيان والتحصيل » (٣ / ٣٦٥) .

وفرق بعض القرويين: بأن النفقة حق للحمل على أبيه وبعد موت الأب صار الحمل وارثاً فلم تجب له نفقة في مال الميت بخلاف السكنى فإنها حق تعلق بذمة المطلق لمطلقاته فلا يسقطها الموت كسائر الديون .

فَلَوْ كَانَتْ مُرْضِعَةً فَعَلَيْهِ مَعَ نَفَقَةِ الْحَمْلِ نَفَقَةُ الرِّضَاعِ .

يعني : فلو كانت البائن الحامل مرضعة لزيد لها مع نفقة الحمل نفقة الرضاع ، وظاهره أنها تأخذ جميع النفقتين على الكمال، وصرح في «العتبية» بذلك ، قال في «البيان»^(١) : لأنها لا رضاع عليها إلا أن تشاء فتكون لها الأجرة لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦] فليس وجوب النفقة لها بسبب الحمل بالذي يسقط ما وجب لها من الأجرة .

ابن عبد السلام : وقيل : إنما تأخذ نفقة واحدة، وحكى بعضهم الخلاف في ذلك مجملاً ، وقيل : وهو دليل «المدونة» أنه ليس لها إلا نفقة الحمل وحدها؛ لأن في كتاب الرضاع منها أن على المرأة أن ترضع ولدها بعد الطلاق في العدة ما دامت النفقة على الزوج .

قال في «البيان»^(٢) : فذهب بعضهم إلى أن هذا مخالف لما في «العتبية» وليس بصحيح .

وَلِلْمُلَاعِنَةِ السُّكْنَى لَا نَفَقَةُ الْحَمْلِ كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا .

إنما وجب للملاينة السكنى لكونها محبوسة بسببه كما تقدم .

وقوله : (لَا نَفَقَةُ الْحَمْلِ) لأنه غير لاحق به كالمتوفى عنها تشبيه في الحكم فقط لا في سبب ؛ لأن سبب عدم وجوب النفقة لحمل الملاينة عدم لحوقه ، وسبب عدم الوجوب للمتوفى عنها لأن حملها وارث .

وَلَا نَفَقَةَ لِحَمْلِ أُمَةٍ لِأَنَّهُ رَقِيقٌ وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ حُرًّا .

يعني : أن من تزوج أمة ثم طلقها طلاقاً بائناً فلا نفقة لحملها سواء كان زوجها حراً أو عبداً ؛ لأن حمل الأمة ملك لسيدها ولا ينفق على عبد الغير .

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٨١) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/ ٣٨١) .

وَلَا عَلَى عَبْدٍ لِحْمَلٍ أَوْ وَلَدٍ وَإِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ حُرَّةً إِلَّا أَنْ تَكُونَ رَجْعِيَّةً فِيهِمَا .

يعني: أن العبد إذا تزوج امرأة حرة كانت أو أمة فطلقها بعد البناء طلاقاً بائناً وهي حامل لم يكن لها نفقة لذلك الحمل ؛ لأنه لا يجب على العبد أن ينفق على ولده ؛ لأنه إتلاف لمال سيده فيما لا يعود على سيده منه منفعة ، فإن أعتق العبد قبل الوضع فإن كانت حرة أنفق على حملها بخلاف الأمة إلا أن تعتق هي أيضاً، قاله في «المدونة» .

وقوله : (إِلَّا أَنْ تَكُونَ رَجْعِيَّةً فِيهِمَا) أي: في هذا الفرع والذي قبله ؛ لأن الرجعية في حكم الزوجة .

وَتَجِبُ بُيُوتُ الْحَمَلِ بِالنِّسَاءِ .

يعني: إذا شهدت امرأتان بظهور الحمل وبتحرك الولد وهو راجع إلى المشهور . وسمعت بعض شيوخنا يقول : إنه ثالث ، ونظير هذه المسألة: هل تلاعن لظهور الحمل أم لا؟ قال في «الجلاب» ^(١): وتعطى حين يظهر حملها بحركته نفقة الحمل كله من أوله إلى آخره .

وَفِي رُجُوعِهِ ثَلَاثُهَا : إِنْ كَانَ بِحُكْمِ رَجَعٍ ، وَرَابِعُهَا : عَكْسُهُ .

أي: وإذا فرعنا على المشهور وأنفق لظهور الحمل ثم تبين ألا حمل فهل يرجع بالنفقة أم لا؟ أربعة أقوال : فالرجوع مطلقاً ، قال في «البيان» ^(٢): هو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك ، واختاره ابن المواز وغيره ؛ لأنه إنما أنفق على الحمل لا على وجه الصدقة والصلة ، وعدم الرجوع مطلقاً لمالك في «الموازية» .

والثالث لمالك في «العتبية» ^(٣): إن دفع لها بحكم رجوع عليها لأنه قد استبان أن الأمر على خلاف ما ثبت ، وإن دفع بغير حكم لم يرجع عليها لأنه متطوع .

والرابع عكسه : ووجهه أنه مع قضاء القاضي لو رجع عليها لكان في معنى نقض الحكم بخلاف ما إذا لم يقض ، ونسبه ابن راشد لعبد الملك ، قال : ورواه عن مالك .

(١) «التفريع» (٨٠ / ٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٣٨٣ / ٥) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٣٨٣ / ٥) .

خليل : وفيه نظر ، فإن الذي لعبد الملك إنما هو القول الأول على ما في «البيان»^(١) وغيره ، قال في «البيان»^(٢) : ولهذه المسألة نظائر : منها : مسألة كتاب الشفعة من «المدونة» في الذي يثيب على الصدقة وهو يظن أن الثواب يلزمه ، ومنها : مسألة كتاب الصلح فيها في الذي يصلح عن دم خطأ وهو يظن أن الدية تلزمه .

وَتَسْقُطُ بِالْإِعْسَارِ فِي زَمَانٍ وَجُوبِهَا فَلَا تَرْجِعُ بِمَا أَنْفَقْتَهُ فِي غَيْبَتِهِ أَوْ حُضُورِهِ .

يعني : أن نفقة الزوجة لا تجب إلا بشرط الملاء ولو كان الزوج قد دخل بزوجه وهو مراده بقوله : (في زَمَانٍ وَجُوبِهَا) ودليله قوله تعالى : ﴿لَيْنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧] ، وهذا معسر لم يؤته الله شيئاً فلا يكلف شيئاً ، وإذا لم يكلف بها لم ترجع عليه بما أنفقت في تلك المدة . بخلاف مَا أَنْفَقْتَهُ عَلَيْهِ مُعْسِرًا أَوْ مُوسِرًا كَالْمُنْفِقِ عَلَى أَجْنَبِيٍّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِمَعْنَى الصَّلَةِ ، وَلَا يَقْضَى بِالسَّرْفِ مِنْ ذَلِكَ كَدَجَاجٍ وَخِرَافٍ...

أي : فترجع بما أنفقته عليه ولو كان معسراً ؛ إذ كأنها أسلفته ، والتسلف يشبث في ذمة المعسر فترجع عليه كما ترجع إذا أنفقت على أجنبي إلا أن يكون بمعنى الصلة ؛ أي في الزوج والأجنبي فلا ترجع ولا إشكال في ذلك ، وخالف اللخمي في الزوج ورأى أنها لا ترجع بما أنفقته عليه وإن لم تكن على وجه الصلة لأن ذلك مكارمة ، ولأنه قيل من قول ابن القاسم إذا أسكنته دارها ، ولأنه لا ثواب بين الزوجين إلا أن يشترط أو يرى ذلك .

وقوله : (وَلَا يَقْضَى... إلخ) يعني : إذا وجب الرجوع لها على زوجها بما أنفقته عليه أو على نفسها أو ولدها ووجب الرجوع بما أنفقته على الأجنبي فإنها ترجع عليه بالمعتاد في حق المنفق عليه ، فأما ما كان سرفاً بالنسبة إليه فلا ترجع به على المنفق عليه ، لأن المفهوم من قصد المنفق العطية إلا أن تكون التوسعة في زمنها كالأعياد فترجع بذلك ، ولم يذكروا في ذلك خلافاً ، وقد اختلف في مسألة مشتري الدار على أن ينفق على البائع حيلة هل يرجع المشتري إذا فسخ البيع بالسرف أم لا ، وفرقوا بينها وبين مسألة الزوجة بأن العطية في مسألة الشراء لأجل الشراء فترجع بها على ما هو الأصل في الهبة لأجل البيع ولأجل النكاح .

(١) «البيان والتحصيل» (٢٠٧/١٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٢٠٧/١٠) .

ابن عبد السلام : وهذا إنما ينهض حيث تقول المرأة : قصدت الرجوع بما أنفقت ، ويقول زوجها أو الأجنبي : إنما ظننت أن النفقة على وجه الصلة ؛ لم يقبل ذلك منه وقُضي لها ، وأما إن اتفق المنفق والمنفق عليه أن النفقة على الرجوع فلا يتحقق ذلك الفرق ، والله أعلم .

فرعاً :

الأول : لا تسقط النفقة بما إذا تعذر الوطاء من غير جهتها كمرض أو حيض أو جنون ، وكذلك لو دخل على رتقها ، وكذلك إذا أذن لها في حجب التطوع ، وأما الفريضة فإن النفقة لها ولو خرجت بغير إذنه خرجت مع محرم أو رفقة مأمونة وتكون لها نفقة حضر لا نفقة سفر ، ولها النفقة إذا حبست في دين ؛ لأن المنع ليس من جهتها ، ولا تسقط بحبس زوجها ولو حبسته هي في حقها ، حكاه ابن الجلاب^(١) وغيره .

الثاني : قال في «المدونة»^(٢) : ومن أنفق على صبي صغير لم يرجع عليه بشيء إلا أن يكون للصبي مال حين أنفق .

ابن يونس : يريد والمنفق عالم فيرجع بما أنفق عليه في ماله ، فإن تلف ذلك المال أو كبر الصبي فأفاد مالاً لم يرجع عليه بشيء ، وزاد غيره ثلاثة شروط : أن يقول المنفق : إنما أنفقت لأرجع ويحلف على ذلك ، وأن يرجع بالمعتاد لا بالسرف ، قيل : وما ذكره ها هنا في «المدونة» مناقص لما في كتاب تضمين الصانع فيمن أنفق على صبي فإذا له أب أن يرجع على الأب بما أنفق ، ولا فرق بين أن يكون للصبي مال لم يعلم به المنفق أو أب لم يعلم به المنفق .

فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا ثُمَّ أَعْسَرَ اسْتَقَرَّ الْمَاضِي فِي ذِمَّتِهِ فَرَضَهُ الْحَاكِمُ أَوْ لَمْ يَفْرِضْهُ .

يعني : أن الإعسار إنما يسقط نفقة زمانه فقط ولا يسقط ما قبل ذلك ، وكلامه ظاهر .

وَكَذَلِكَ نَفَقَةُ الْحَامِلِ .

أي : تسقط بالإعسار ولا يسقط الإعسار ما قبله .

وَالْقَادِرُ بِالْكَسْبِ كَالْقَادِرِ بِالْمَالِ إِنْ تَكَسَّبَ وَلَا يُجْبَرُ عَلَى التَّكْسِبِ .

(١) «التفريع» (٢/ ٨٠) .

(٢) «المدونة» (١١/ ٣٩٧) .

يعني : والقادر بالكسب يجب عليه النفقة كالقادر بالمال بشرط أن يتكسب ، ويؤخذ من قوله : (كَالْقَادِرِ) أنه لم ينفق في زمن تكسبه أن النفقة تستقر في ذمته ولا يسقط الإعسار وإذا لم يجبر الغرماء المديان على التكسب فأحرى الزوجة ؛ لأن الضرر اللاحق لرب الدين أقوى من ضرر الزوجة فإنها قادرة على رفع ضررها بالطلاق بخلافهم ، ولا يجبر على التكسب لثلا يصير كالعبد ، وذهب بعض الشيوخ إلى جبر الصانع على العمل ليوفي الدين لأنه على ذلك عومل ، ولا يبعد مثله في النكاح .

وَيُثْبِتُ لَهَا حَقَّ الْفَسْخِ بِالْعَجْزِ عَنِ النَّفَقَةِ الْحَاضِرَةِ لَا الْمَاضِيَةِ؛ حُرَيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ مُخْتَلَفَيْنِ...

يعني : أن للمرأة إذا عجز زوجها عن النفقة عليها في الوقت الحاضر أن تفسخ وأن تبقى معه بغير نفقة ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الزوجان حرين أو عبيدين أو أحدهما حر والآخر عبد ، وكان لها أن تفارق لقوة ضررها ، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع فأشبهه المعاوضة ، ولا يجبر صاحب السلعة على دفع السلعة بغير ثمنها .

ابن المسيب : في «المدونة» : والتفريق لأجل الإعسار بالنفقة سنة .

وقوله : (لَا الْمَاضِيَةَ) يعني : فلا يثبت لها حق الفسخ بالنفقة الماضية وهي كسائر الديون .

مَا لَمْ تَكُنْ عَلِمْتَ فَقَرُّهُ وَرَضِيَتْ بِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ ، أَوْ عَلِمَتْ أَنَّهُ مِنَ السُّؤَالِ .

يعني : إنما يكون لها الفراق إذا لم تكن عرفت حال العقد أنه من الفقراء أو من السؤال ، وأما إن علمت ذلك فلا ، وهذا قول مالك في «المبسوط» .

وقال في «الموازية» : تطلق عليه وإن كان حال العقد فقيراً وعلمت بذلك .

واقصر المصنف على الأول ؛ لأنها بمنزلة من علمت بعيب زوجها ورضيت به .

ونص القابسي على أنه إن كان ممن يطوف للسؤال ثم ترك ذلك أن لها القيام ، ونحوه للحمي قال : وكذلك أيضاً إن كان لا يسأل وكان مقصوداً مشهوراً بالعطاء ثم تعذر ذلك فلها أن تقدم بالطلاق .

ونص ابن مغيث على أنه تقييد ، وهو ظاهر .

فَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِالْإِنْفَاقِ أَوْ الطَّلَاقِ ، فَإِنْ أَبَى طَلَّقَ عَلَيْهِ بَعْدَ التَّلَوُّمِ .

إنما يأمره بالإنفاق إذا لم يثبت عنده فقره ، وأما إن ثبت فلا ؛ إذ لا يأمره بما ثبت عنده العجز عنه ، وإن أبى من الطلاق والإنفاق طلق الحاكم عليه ، واختلف هل الحاكم الذي يطلق عليه كما هو ظاهر كلامه ؟

ابن عبد السلام : وهو الصحيح ، أو يبيح للمرأة الإيقاع على قولين .

ولا يمين على الرجل إن صدقته المرأة على عسره ، إذ لا يحتاج إلى إقامة بينة ، وأما إن لم تصدقه فلا بد من البينة على الإعسار واليمين ، ثم يتلوم له القاضي على المشهور المعمول به ، وقيل : تطلق عليه من غير تلوم ، وعلى المشهور فاختلف في مقدار التلوم ، وإلى ذلك أشار بقوله :

وَرُويَ شَهْرٌ ، وَرُويَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ ، وَالصَّحِيحُ ، يَخْتَلِفُ بِالرَّجَاءِ .

اختلف في مقدار التلوم ، فلمالك في «المبسوط» : أنه اليوم ونحوه مما لا يضر بها الجوع ، ومالك في «الواضحة» الثلاثة الأيام ونحوها ، وفي «الموازية» : ما علمت أنه يضرب له الأجل إلا الأيام ولا أعلم له أجلاً .

وقال محمد : الذي عليه أصحاب مالك في التلوم الشهر . وقال ابن الماجشون في «الواضحة» : الشهر والشهرين .

وقال أصبغ : إن لم يطمع له بمال فالشهر إذ لم تجد هي ما تنفق ، ولا يبلغ بها الشهرين إلا إذا كان لها ما تنفق ، وقيل : إنه لا يتلوم له بشيء إذا لم يكن لها ما تنفق على نفسها .

وما صححه المصنف صححه ابن عبد البر ، وهو مذهب «المدونة»^(١) ، قال فيها : ويختلف التلوم فيمن يرجى له ومن لا يرجى له وتطلق عليه لعدم القدرة على الكسوة .
للخمي : وكذلك لو عجز عن الغطاء والوطاء ، أشهب : ويستأنى في الكسوة الشهرين ونحوهما .

(١) «تهذيب المدونة» (١/٣٣٢) .

فرع :

إذا مرض وسجن في خلال الأجل فممنعه ذلك عن النظر فيما يأتيها به ، فقال ابن الماجشون في «المبسوط» : يزداد في الأجل بقدر ما يرى ويرتجى شيئاً وإلا طلق عليه ، قال : وإن غاب مختاراً طلقت عليه .

فَإِنْ وَجَدَ فِي الْعِدَّةِ يَسَارًا يَقُومُ بِوَأَجِبٍ مِثْلَهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ .

قد تقدم في غير موضع أن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاقين : طلاق المؤلّي والمعرس بالنفقة ، لكن شرط الرجعة في الإيلاء أن تنحل يمينه كما سبق في محله وفي الإعسار اليسار ، أما لو رضيت الزوجة بالرجعة مع عدم يسره كانت رجعة ، قاله في «الواضحة» وغيرها .

وقال سحنون في «السليمانية» : لا تصح الرجعة ، واحتزر بواجب مثلها من أن يجد يساراً يكفي دونها فإن ذلك غير معتبر لعدم حصول مقصدها .

ولم يتعرض المصنف لقدر الزمان الذي إذا أيسر به كانت له الرجعة ، واختلف في ذلك ، فلا بن القاسم وابن الماجشون : إن أيسر بنفقة الشهر وإلا فليس له الرجعة .

وفي «كتب ابن مزين» : قوت نصف شهر فأكثر ، وعن ابن الماجشون : إذا وجد ما لو قدر عليه أولاً لم تطلق عليه ، وينبغي أن تتأول هذه الأقوال على ما إذا ظن أنه يقدر بعد ذلك على إدامة النفقة .

قال في «البيان»^(١) : وإذا قدر أن يجريها مياومة ، فإن كان ممن يجريها قبل الطلاق مياومة فله الرجعة ، واختلف إذا كان يجريها مشاهرة ، فقليل : له الرجعة ، وقيل : لا ، ولأجل أن الطلاق هنا رجعي كان لها النفقة إذا أيسر سواء ارتجع أم لا على مذهب «المدونة» خلاف ما تأوله بعضهم على «الواضحة» ، ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه لا نفقة على المولى في العدة حتى يرتجع ، ونقله ابن شعبان عن مالك .

تنبيه:

فهم من قوله : أن له الرجعة إن أيسر في العدة ؛ أن هذا خاص بالمدخول بها ، إذ لا عدة على غير المدخول بها وهو المعروف .

(١) «البيان والتحصيل» (٥/٤٢٧) .

وفي «الكافي»^(١) روي عن مالك : إن أيسر في العدة كان له الرجعة في المدخول بها وغيرها . ولا أدري ما هذا ؛ لأنه لا رجعة في غير المدخول بها .

خليل : ولعل هذه الرواية محمولة على ما إذا خلا بها وتصادقا على نفي الوطاء وإلا فلا يصح قوله في العدة ؛ إذ لا عدة على غير المدخول بها بنص القرآن .

وَيُعْتَبَرُ الْعَجْزُ عَنِ الْقُوَّةِ وَعَمَّا مَا يُوَارِي الْعَوْرَةَ ، قَالَ مَالِكٌ : وَلَوْ مِنَ الْخُبْزِ ، وَالزَّيْتِ ، وَغَلِيظِ الْكَتَّانِ ، غَنِيَّةٌ كَانَتْ أَوْ فَقِيرَةً...

يعني : أن المعتبر في العجز الموجب للفراق هو العجز عن النفقة والكسوة جملة ، أما لو ضاقت حاله بعد التوسعة حتى لم يجد غير القوت لها دون خادمها من قمح أو شعير ، ولو كان مادوماً بزيت أو لم يجد الإدام ، وإنما وجد الخبز فقط فإنه لا يفرق بينهما ، وكذلك أيضاً لا يفرق بينهما إذا وجد من الكسوة ما يسترها ولو من غليظ الكتان وإن كانت ذات شرف وغنى ، قاله مالك في «الموازية» و«الواضحة» .

وفي «البيان»^(٢) : عن أشهب : إذا عجز عما يشبهها فرق بينهما ، وكذلك اختلف إذا لم يقدر إلا على الشعير وأهل بلده يأكلونه .

فَإِنْ وَجَدَ مَا يُمَسِّكُ الْحَيَاةَ أَوْ الصَّحَّةَ خَاصَّةً فَلَا عَلَى الْمَشْهُورِ .

يعني : فإن قصر عما ذكرنا من القوت لكن قدر على ما يحفظ حياتها خاصة للمشهور : لا يلزمها المقام معه ، لأن إلزامها المكث حينئذ ضرر كثير ولا سيما إذا كان لا يرجى تغير حاله إلا بعد طول ، وفي «المدونة»^(٣) عن يحيى بن سعيد : إذا وجد الفقير قواماً من الخبز والزيت وغليظ الثياب لم يفرق بينهما .

ربيعة : أما الشملة والعبادة فلا ، والشاذ حكاة اللخمي عن مالك : أنه لا يفرق بينهما حتى لا يجد أقل ما تعيش به ، واستشكله ؛ لأن في ذلك حرجاً ، إذ تصبح وتمسي جائعة .

وَحُكْمُ الْغَائِبِ وَلَا مَالَ لَهُ حَاضِرٌ حُكْمُ الْعَاجِزِ .

أي : فتطلق عليه ، وهذا هو المشهور ، وقال ابن القاسبي : لا يفرق على غائب لأنه

(٢) «البيان والتحصيل» (٤٥٦/٥) .

(١) «الكافي» (ص/٢٥٦) .

(٣) «تهذيب المدونة» (١/٣٣٦) .

لم يستوف حجته ، وعلى الأول فلا بد من أن تثبت الزوجية وأنه قد دخل بها أو دعي إلى الدخول ، والغيبية بحيث لا يعلم موضعه أو علم ولم يمكن الإعذار إليه فيه ، وأما إن علم وأمكن الإعذار إليه فإنه يعذر إليه ولا بد أن تشهد لها بينة بأنها لا تعلم أن الزوج ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئاً يعدا فيه بشيء من مؤنتها ، ولا أنه بعث بشيء وصل إليها في علمهم إلى هذا الحين ثم بعد ذلك يضرب لها أجلاً على حسب ما يراه كما تقدم ، ثم يحلفها على ما شهدت لها البينة به ، وحينئذ إن دعت إلى الطلاق طلقها هو أو أباح لها التطليق كما تقدم .

فرع : ولو كانت هذه المرأة أم ولد فغاب عنها سيدها وأثبتت مغيبة فإن الحاكم يتلوم لسيدها الشهر ونحوه ثم ينفذ عتقها على الغائب ، هكذا قال ابن عتاب والقرشي والتميمي ، وروى ذلك على بن زياد .

وقال ابن الشقاني وابن العطار : لا تعتق وتسعى في معيشتها . وبه قال ابن القطان ، قال : وتبقى حتى يصح موت سيدها أو ينقضي تعميره .

ابن سهل : والأول هو الصواب .

واحتج الأولون بقول أشهب إذا عجز الرجل عن نفقات أمهات أولاده أنهن بمنزلة أزواجه إذا لم يقيم بأمرهن ، فيضرب له أجل الشهر ونحوه ، فإن وجد لهن أدنى ما يكفي وإلا أعتقهن .

ابن سهل : قلت لابن عتاب : هل عليها عدة إذا حكم بعتقها ؟ قال : تعدد بحيضة . قلت : فهل عليها يمين أن سيدها لم يخلف عندها شيئاً ولا أرسل إليها شيئاً كما يلزم الزوجة الغائب ؟ قال لي : لا يمين عليها ، وبذلك أفتيت لطول أمد المغيب .

فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ مُّوجُودٌ بَيْعَ وَفُرِضَ مِنْهُ بَعْدَ يَمِينِهَا أَنَّهَا تَسْتَحِقُّهَا .

يعني : فإن كان للغائب مال بيع وفرض للزوجة النفقة من ثمنه إن لم يصلح أن يفرض منه كالدار وشبهها بعد يمينها أنها تستحق النفقة .

واستغنى بقوله : (أَنَّهَا تَسْتَحِقُّهَا) عما قاله المتيطي وغيره : أنها تحلف ما ترك لها نفقة ولا بعث بها إليها ولا أسقطتها عنه .

قال في «المدونة»^(١) : ولا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال يعرى فيه وتباع فيها عروضه ورباعه إن لم يكن له عين ، ولا يؤخذ منها بما تأخذه كفيلاً ، ويقوم الزوج على حجته إذا قدم ، وهكذا يصنع فيه لو أقيم عليه بدين وهو غائب ، وإن كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها في ذلك ولها أن تقيم البينة على من جحده من غرمائه أن لزوجها عليه ديناً ويقضى عليهم بنفقتها .

وقد علمت أن مذهب «المدونة» : أنه تفرض نفقة الزوجة ويوفى الغريم من ودائعه .
المتيطي : وهو المشهور المعمول به ، ونحوه لسحنون في أسئلة ابن حبيب ، وحكى عنه ابن اللباد أنه لا يقضى منها دين ولا غيره .

أبو عمران : وهو القياس ؛ إذ لو حضر الغائب وأنكرها لم يكن للغرماء إليها سبيل ؛ إذ لا يجبر على قبول الصفة لقضاء دينه ؛ ولأنه قد يقول : ليست لي ولا للمقر وهي لغيرنا .
واعلم أن الحاكم لا يبيع الدار حتى يكلف المرأة إثبات ملكية الزوج لها وتشهد البينة بأن الدار لم تخرج عن ملكه في علمهم .

ابن القاسم : ولا يجوز أن يقولوا في شهادتهم لم يبتها ، وعليه العمل وجرى به الحكم ، وأجاز ابن الماجشون أن يشهدوا على البت .
واختلف هل لا يبيع الحاكم الدار بعد الشهادة المذكورة إلا بعد أن يوجه شاهدين مع هذه البينة ليشهدوا بالحياة ، فكان بعض الموثقين لا يشترطون ذلك .

ابن أبي زمنين : واشترطه بعضهم ، وهو الذي رأيت وأدركت عليه فقهاءنا ، وصفة ذلك أن يوجه القاضي مع البينة شاهدين فتطوف البينة بالدار داخلاً وخارجاً ، وتقول : إن هذه الدار التي حزنّاها هي الدار التي شهدنا بملكها للغائب .

ابن العطار : ولا تعمل الحياة شيئاً حتى يقول الشهود بحضرة الحائزين عليهم : هذا الذي حزنّا هو الذي شهدنا به عند فلان قاضي موضع كذا ، فإن لم يقولوا ذلك جهلاً منهم أو من الموجهين معهم لم تتم الشهادة والحياة ، وكذلك لا تتم الحياة حتى يكون الموجهون ممن يعرف العقار ويحدوه بحدود .

(١) «تهذيب المدونة» (١/٣٣٥) .

فرع : وإذا أحببت المرأة أن تفرض لها النفقة إذا لم يكن له مال حاضر فقال ابن القاسم : لا يفرض عليه شيء حتى يقدم إذا علم عدمه أو جهل أمره .

وفي «البيان»^(١) : عن ابن حبيب : إذا أحببت الصبر عليه أشهد السلطان عليه إن كان فلان زوج فلانة اليوم ملياً في غيبته فقد أوجبت عليه فريضة مثلها من مثله ، أما إن علم أنه موسر فإنه يفرض لها نفقة مثلها .

قال في «الموازية» : وتداين عليه ويقضى لها عليه به .

وَلَهَا طَلَبُ غُرْمَائِهِ وَإِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِمْ كَمَنْ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ .

قد قدمنا هذا من «المدونة» ، وإن لم يقرم للزوج غير شاهد واحد حلفت معه .

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي الْإِعْسَارِ فِي الْغَيْبَةِ ، فَثَالِثُهَا : قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِنْ قَدِمَ مُعْسِراً فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ وَإِلَّا فَقَوْلُهَا...

يعني : إذا قدم الزوج فطالبته بالنفقة في مدة الغيبة فزعم أنه كان معسراً لا تستحق عليه في مدة الغيبة شيئاً وأنكرت ذلك المرأة فثلاثة أقوال : والقول بأن القول قوله لابن كنانة وسحنون ووجهه أن الأصل عدمه ، والقول بأن القول قولها لابن الماجشون وابن حبيب ، قالوا : عليه النفقة إلا أن يقيم البينة على ذلك .

ووجهه : أن الغالب الملك ولأن كل غريم ادعى عدم فعليه البينة على المذهب .

قال في «البيان»^(٢) : وتأوله بعض أهل النظر على «المدونة» ، واستدل ابن القاسم بحال قدومه على حال غيبته ؛ لأن الأصل عدم تغير الحال .

قال في «البيان» : وتأوله بعض أهل النظر على «المدونة» . واستدل ابن القاسم بحال قدومه على حال غيبته ؛ لأن الأصل عدم تغير الحال .

قال في «البيان» : وهو معنى «المدونة» وهذا الخلاف عند صاحب «البيان» وغيره إذا جهل حال الزوج عند خروجه ، وكذلك روى قول ابن القاسم فيه مبيناً ، وأما إن علم حال خروجه من عسر أو يسر فإنه يستصحب ذلك الحال باتفاق ، وتأول ابن زرب على ابن كنانة وسحنون أنهما يقولان : إن القول قول الزوج وإن خرج موسراً .

(١) «البيان والتحصيل» (٥/٤٤٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥/٤٥٠) .

قال في «البيان»^(١) : وهو تأويل بعيد، وقال ابن زرقون : ليس هو بشيء، ورأيت لبعض من تكلم على «التهذيب» أنه إن سافر مليا وقدم كذلك فالقول قولها بالاتفاق ، وكذلك القول قوله في عكسه باتفاق، ويختلف فيما إذا سافر مليا وقدم معسراً أو بالعكس.

وإن تنازعا في إعطائها أو إرسالها فثالثها المشهور : إن كانت رفعت أمرها إلى الحاكم فالقول قولها من يومئذ...

يعني : إن قال الغائب : تركت لك نفقة أو أرسلتها، ولم تصدقه في ذلك وطلبت منه نفقتها ، فروي عن مالك : أن القول قوله مع يمينه ولو رفعته إلى الحاكم ، هكذا نقل ابن الجلاب^(٢) هذه الرواية .

وروي عن مالك : أن القول قولها مع يمينها ، والمشهور : إن رفعت أمرها إلى الحاكم فالقول قولها من يومئذ ؛ لأن رفعها قرينة تقوي قولها ، وإن لم ترفع فالقول قوله مع يمينه .

مالك في «الموازية» : وليس له أن يحلف أنه بعث بذلك إليها ، إنما يحلف أنها قبضت ذلك ووصل إليها ويرأ .

وعلل الباجي^(٣) المشهور بأنها إذا رفعت أمرها إلى الحاكم ولم تجد له مالا وأباح لها الإنفاق على نفسها لترجع به صارت اليد لها فيما تنفقه فكان القول قولها بخلاف إذا لم ترفع فإن البيت بيته ، ولهذا اختار في الروايتين اللتين رويتا عن مالك هل ينتزل رفعها إلى العدول وجيرانها منزلة الحاكم أم لا ؟ الرواية بأن ذلك لا ينتزل منزلة الحاكم لأنه لم يتقدم قضاء عليه ولا حكم ، واختار اللخمي أن ذلك كرفعها إلى الحاكم .

بعض المؤثقيين : والمشهور ما اختاره الباجي وبه الفتوى والعمل ، ولابن القاسم في «العتبية» : إذا اختلفا عند قدومه في الإنفاق على أولاده الصغار أنه يفرق في ذلك بين أن ترفع أم لا كما تقدم .

(١) «البيان والتحصيل» (٥/ ٤٥٠) .

(٢) «التفريع» (٢/ ٨٠) .

(٣) «المنتقى» (٦/ ٢٣) .

فَأَمَّا الْحَاضِرُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِلْعُرْفِ .

حكى في «البيان» الاتفاق على ذلك؛ لأن العرف يشهد بصحة قوله ولا بد من اليمين، صرح بذلك في «الكافي»^(١) وفي «الطرر»، وقال ابن رشد : إنما يصدق الرجل أنه دفع النفقة إذا ادعى بعد مضي المدة أنه كان ينفق عليها أو كان يدفع النفقة إليها شيئاً بعد شيء أو جملة واحدة ، وأما لو ادعى أنه دفع إليها مائة دينار عن نفقتها فيما مضى وأنكرت ذلك فلا يصدق إجماعاً ، وحكى ابن زرب خلافه وخطأه .

وَلَهَا طَلَبُهُ عِنْدَ سَفَرِهِ بِنَفَقَةِ الْمُسْتَقْبَلِ فَيَدْفَعُهَا أَوْ يَقِيمُ لَهَا كَفِيلاً يُجْزِيهَا عَلَيْهَا .

هذا مذهب «المدونة» . وقال ابن الماجشون : لا يقيم لها حميلاً وهي في العصمة ، وإذا سافر فمن الشيوخ من حملة على ظاهره وعده خلافاً ومنهم من تأوله على المعدم فلا يكون خلافاً ، فإذا اتهم أنه يقيم أكثر من السفر المعتاد حلف أنه لا يقيم أكثر من ذلك أو يقيم حميلاً .

للخمي : وأما إذا كانت المرأة مطلقة طلاقاً بائناً وهي حامل كان مطالباً بالأقل من مدة سفره والباقي من أمد الحمل ، وإن كانت غير حامل والطلاق بائن فلا نفقة لها .

واختلف إذا طلبت حميلاً خوف الحمل ، فلم ير مالك ذلك لها ، وقال أصبغ في «الموازية» : ذلك لها .

والأول أحسن إذا كان قيامها بعد حيضة؛ لأن الظاهر البراءة ، والثاني إن لم تكن حاضت فيقيم حميلاً بالأقل من مدة السفر أو الحمل على تقدير ظهوره ، وإن كان الطلاق رجعيّاً كان عليه على قول مالك أن يقيم رزق الأقل من مدة السفر أو انقضاء العدة التي هي ثلاث حيض ، وعلى قول أصبغ : تراعى مدة الحمل كالمطلقة طلاقاً بائناً فيقيم حميلاً بالزائد على مدة الحيض .

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِيمَا فَرَضَهُ الْحَاكِمُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يُشِبُّهُ ، وَإِلَّا فَقَوْلُهَا فِيمَا يُشِبُّهُ ، وَإِلَّا ابْتَدَأَ الْفَرَضَ ...

هكذا في «المدونة» لكنه فرضها فيها إذا مات القاضي أو عزل ، لكن الأظهر أنه لا فرق بينه وبين قاضي وقتها ، ولعل ذلك هو السبب في إسقاط المؤلف ما ذكره في

(١) «الكافي» (ص/ ٥٣٢) .

«المدونة» ، وإنما كان القول قول الزوج لغرمه ، قيل : ومذهب ابن القاسم : أنه لا يمين على من أشبه قوله منهما إذ لا يحلف على حكم حاكم مع شاهد ، وحمل غيره «المدونة» على أنه يحلف .

عياض : وهو الظاهر ، وهو حجة لجواز الحلف مع الشاهد في قضاء القاضي ، وقد نبه على ذلك ابن سهل خلاف ما قاله بعض أصحاب سحنون وما لابن القاسم في «العتبية» .

عياض : وعندي أن مسألة «الكتاب» خارجة عن هذا الأصل المتنازع فيه ، إذ قضاء القاضي فيها ثابت باجتماعهما عليه ثم وقع الخلاف في مقدار ما فرض فكانت دعوى في مال في ذمة الزوج ، فالقول قول من أشبه منهما مع يمينه وليس على القضاء كما قيل .

وذكر عن سحنون : إنما هي فيما مضى من الفرض ، وأما ما يستقبل إذا تنازعا فيه فالسلطان يستأنف النظر في ذلك ، وقد اختار رواية «المدونة» هنا ، والذي في روايتنا : إذا لم يشبه ما قالوا أعطيت نفقة مثلها فيما يستقبل يفرض لها القاضي نفقة مثلها وعليه اختصر المختصرون .

وروي في بعض النسخ : (وفيما يستقبل) بزيادة واو وكانت في كتابي فغربت عليها اتباعاً لرواية شيوخه ، وإثباتها أصح معنى ولفظاً ويصحح ما قاله سحنون ، وعلى إسقاطها يأتي الكلام الأخير مكرراً ويشكل ، هل أراد به الماضي أو الآتي؟

وَتَجِبُ عَلَى الْأَبِ الْحُرُّ نَفَقَةٌ وَلَدِهِ الْمَحْضُونُ الْفَقِيرُ عَلَى قَدْرِ حَالِهِ .

لما ذكر نفقة الزوجة أتبعه بنفقة الأولاد ، واحترز بالحر من أن يكون الأب عبداً أو فيه شائبة من شوائب الحرية فلا نفقة لولده عليه ، وكذلك أيضاً لا نفقة للولد الرقيق على أبيه كما تقدم ، ولعل المصنف استغنى بما قدمه وبولده عن ولد ولده أو غيره فلا تجب نفقته ، واعلم أن الاصطلاح إنما يطلق المحضون والمكفول على الولد إذا لم تكن له زوجة بأن يكون الأب ميتاً أو مطلقاً ، وأما إن كان عند أبيه وأمه وهما زوجان فلا يطلق عليه ذلك ، وعلى هذا فتحصيل المحضون ليس بظاهر ؛ لأن من بين أبويه كالمحضون بالاتفاق .

وشرط المصنف في وجوب نفقة الولد : أن يكون فقيراً ، يعني : وأما إن كان له مال

قال في «المدونة»^(١) : أو يكون له كسب يستغني به فلا تجب نفقته ، وكذلك أيضاً إذا كان للبت كسب تستغني به فلا تجب نفقتها ، فإن كانت الصنعة لا تكفي أعطيا تمام الكفاية .

اللخمي : وإذا كسدت الصنعة عادت النفقة على الأب ، واشترط هنا الفقر ولم يشترط في الزوجة لأن نفقة الولد مواساة بخلاف نفقة الزوجة فإنها معاوضة .
وقوله : (عَلَى قَدْرِ حَالِهِ) أي : حال الولد لأن المراد سد خلته .

وَحَضَانَةُ الذَّكَرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ عَاقِلًا غَيْرَ زَمَنِ بِمَا يَمْنَعُ التَّكْسِبَ ، وَقِيلَ : حَتَّى يَحْتَلِمَ .
مقتضى كلامه : أن المشهور هو الأول وليس كذلك بل هو الثاني وهو مذهب «المدونة» ، والقول الذي صدر به لابن شعبان .

وروى ابن وهب عن مالك : إذا أثمر الغلام خرج عن حضانة الأم ، ومالك في كتب المدنيين : يخير الصبي إذا أثمر بين أن يكون عند أبيه أو أمه ، واستحسن ابن العطار وابن رشد وغيرهما من الشيوخ إسهام الأبوين على الذكر إذا أثمر على ما ورد في بعض الأحاديث ، وكان المصنف التبس عليه باب الحضانة بباب النفقة وظن تساويهما ، لأن المشهور أن النفقة لا تنقطع بالبلوغ بل البلوغ بشرط أن يكون عاقلاً غير زمن .

وَالْبَيْتِ حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا الزَّوْجُ ، وَلَوْ أَسْلَمَ وَبَقِيَ كَافِرًا .

أي : وحضانة الأنثى حتى يدخل بها زوجها ولا تنقطع حضانتها بالبلوغ كالذكر ، ولم أر في ذلك خلافاً ، ولو أسلم الأب بعد بلوغ ابنته البكر ، وأدخل هذه الصورة في حكم ما قبلها لأنه قد يتوهم خروجها لاختلاف الدينين .

وكذلك نص اللخمي على الوجوب في عكس هذه الصورة ، أعني : إذا أسلمت بعد بلوغها وبقي هو كافر لم تسقط نفقتها عنه ؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر .

وَلَوْ عَادَتْ بِالْفَغَةِ أَوْ عَادَتْ الزَّمَانَةَ لِلذَّكَرِ لَمْ تَعُدْ .

يعني : فلو زوج الأب ابنته الصغيرة ثم طلقها زوجها أو مات عنها وعادت إلى أبيها بعد البناء بالفغة لم تعد نفقتها على الأب .

مالك : فإن طلقت قبل البناء فهي على نفقتها ، ومفهوم كلام المصنف : أنها لو عادت

(١) «تهذيب المدونة» (١/ ٤٢٠) .

غير بالغة لوجب على الأب الإنفاق ، وهو قول سحنون ، قال : تعود نفقتها ولا يسقطها بلوغها حتى تتزوج زوجاً آخر ، وقال غيره : لا تعود أصلاً ، وقيل : تعود إلى أن تبلغ فتسقط ، وهو الذي قدمه المتيطي ، قال : ولا تسقط النفقة لترشيده لابنته .

قوله : (أَوْ عَادَتِ الزَّمَانَةُ) يعني : إن بلغ الابن زمناً وقلنا باستمرار نفقته على المشهور ثم صح وحكمنا بسقوط نفقته ثم زمن فإن النفقة لا تعود إلى الأب .

واعلم أن الخلاف في هذا الفرع موجود سواء بلغ زمناً أو صحيحاً ، وفيه ثلاثة أقوال : قال ابن القاسم : إن بلغ زمناً أو أعمى لم تسقط وإن طراً ذلك عليه بعد البلوغ لم تعد ، وقال ابن وهب في «الموازية» : لا نفقة له بلغ على ذلك أو طراً عليه .

وذكر ابن الجلاب^(١) عن ابن الماجشون : أن نفقته لازمة لأبيه بلغ على ذلك أو أحدث به .

اللخمي : وهو أحسن .

ولما لم يذكر المصنف في هذه المسألة خلافاً كان انتصاره في فرض المسألة على ما إذا عادت الزمانة حسناً ؛ لأنه تنبيه منه بالأخف عن الأشد ؛ لأن النفقة إذا لم تعد لأجل الصحة الواقعة بين الزمانتين فلأن لا تعود إذا بلغ صحيحاً ثم زمن أولى ، إذ لقائل أن يقول : لا عبرة بالصحة الواقعة بين الزمانتين .

فرع :

نص محمد على ما إذا دخل بها وهي زمنة ثم طلقت أنه تعود نفقتها ، وكذلك قال الباجي^(٢) : إن كان للولد الزمن مال ثم ذهب أنه تعود نفقته .

ثُمَّ لَهُمَا أَنْ يَذْهَبَا حَيْثُ شَاءَا ، إِلَّا أَنْ يُخَافَ سَفَهَ فَيَمْنَعُهُمَا الْأَبُ أَوْ الْوَلِيُّ .

يعني : ثم للابن والبنت أن يذهبا بعد بلوغهما حيث شاءا ، وهكذا قال مالك في «المدونة» ، وحمله ابن رشد على ظاهره من ذهابهما بأنفسهما ومالهما ، واحتج لذلك بأنه وقع لمالك هكذا في رواية زياد ، وتأوله الشيخ أبو محمد وأكثرهم على أنه يريد بأنفسهما لا بمالهما ، قالوا : لأن المعروف لمالك في غير موضع أنه لا يحكم للولد بالرشد بنفس

(١) «التفريع» (٢/ ٨٠) .

(٢) «المنتقى» (٦/ ٢٣) .

البلوغ لا سيما الأنثى ولو كانت مدخولاً بها حتى يعرف من حالهما ما يستوجبان به الرشد، فحمل «المدونة» على ما يعرف للمالك في «المدونة» وغيرها أولى من حمله على رواية شاذة لا يعرفها كل الناس، ثم إن خيف عليهما السفه في المال فلا شك أن للأب والولي منعهما ، وإن كان في الدين فلهما منعهما وللأم ولسائر المسلمين إلا أن الأب والولي أحص بالمنع من غيرهما .

وَنَفَقَةُ وَلَدِ الْمَكَاتِبَةِ عَلَيْهَا إِنْ كَانُوا فِي كِتَابَتِهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبُ فِي كِتَابَتِهِمْ فَنفَقَتْهُمْ عَلَيْهِ...

يعني : أن من كاتب أمة فحدث لها أولاد بعد كتابتها أو كان لها أولاد موجودون وكاتب على نفسها وعليهم كتابة واحدة فإن نفقة الولد على الأم لأنها أحرزت نفسها ومالها وولدها ومالها من سيدها ، وليس عندنا أنثى تجب عليها النفقة إلا هذه ، وفي التحقيق أن النفقة من السيد ؛ لأنه اشترط ذلك عليها أو كانها من جملة الكتابة .

وقوله : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبُ فِي كِتَابَتِهِمْ فَنفَقَتْهُمْ) أي : الأولاد والأم (عَلَيْهِ) .
وَلَيْسَ عَجْزُهُ عَنْهَا كَعَجْزِهِ عَنِ الْكِتَابَةِ وَالْجَنَائَةِ .

يعني : ليس عجز المكاتب عن نفقة ولده كعجزه عن الجناية والكتابة ؛ لأن الجناية والكتابة متعلقان برقبته بخلاف النفقة فإنها مواساة بشرط اليسار .

وَيَجِبُ عَلَى الْأُمِّ الْإِرْضَاعُ إِنْ كَانَتْ تَحْتَ أَبِيهِ أَوْ رَجْعِيَّةً وَلَا مَانِعَ مِنْ عُلُوِّ قَدْرِ بَغِيرِ أَجْرٍ...

إنما وجب على الأم الرضاع إذا كانت في العصمة أو رجعية بغير أجر ؛ لأن عرف المسلمين على توالي الأعصار في جميع الأمصار على أن الأم ترضع الولد، وألحقت الرجعية بمن في العصمة ؛ لأن أحكام الزوجية منسحبة .

وقوله : (وَلَا مَانِعَ) يعني : وأما إن كانت ممن لا ترضع لشرفها فلا رضاع عليها ؛ لأن العرف ألا تكلف هذه الشريفة الإرضاع ، والعرف كالشرط .

قال في «الجواهر»^(١) : ويجب على الأم أن ترضع ولدها إذا كانت تحت أبيه إلا أن

يكون مثلها لا يُرضع لسقم أو قلة لبن أو لشرف وعلو قدر ولذات الشرف أن تأخذ الأجرة من الأب إذا رضيت أن ترضعه، نص على ذلك اللخمي وابن بشير وابن عبد السلام .

خليل : وأفتى بعض مشايخ شيخي : بأن الشريفة إذا تواضعت للإرضاع لا أجر لها لإسقاطها حقها ، ولا كبير مؤنة عليها في لبنها .

وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْأَبُ عَدِيماً وَلَمْ يَقْبَلْ غَيْرَهَا .

إنما يظهر هذا في الشريفة وفي معناها المطلقة طلاقاً بائناً ، وأما في حق من في العصمة والرجعية فلا ؛ لأنه إذا كان الإرضاع عليهما وإن كان الأب ذا مال فكيف إذا كان عديماً؟ ولو قال المصنف: إلا أن يكون الأب عديماً، كما قال في «الجواهر» لكان أبين .

وهكذا قال اللخمي وغيره: أن الأب إذا كان عديماً كان على الشريفة الإرضاع ، وهو مقيد بما إذا لم يكن للولد أيضاً مال ، وأما إن كان له مال فلها الأجرة في ماله، قاله صاحب «البيان»^(١) وغيره .

وقوله : (وَلَمْ يَقْبَلْ غَيْرَهَا) والأحسن أن يقول: أو لم يقبل ؛ لأنه إذا لم يقبل غيرها يجب عليها الإرضاع كان الأب عديماً أم لا ، والواقع فيما رأيته في نسخ كثيرة ولم يقبل بالواو ، ولعل ذلك ليكون مقابلاً لقوله :

فَإِنْ قَبِلَ فَالْمَشْهُورُ وَجُوبُهُ بِخِلَافِ النَّفَقَةِ ، وَفِي «الْجَلَابِ»^(٢) : لَا يَجِبُ .

ظاهر كلامه: أن هذا من تمام ما قبله ، وإنما ذكره في «المدونة» و«الجلاب» في الموت، ونص «المدونة»^(٣) : وإن مات الأب وللصبي مال فلها ألا ترضعه وتستأجر له من يرضعه من ماله إلا ألا يقبل غيرها فتجبر على أن ترضعه بأجرها من ماله ، فإن لم يكن للصبي مال لزمها إرضاعه بخلاف النفقة التي لا يقضى بها عليها ، ولكن يستحب لها أن تنفق عليه إن لم يكن له مال .

وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر ؛ لأنه لا يؤخذ منه حكم الموت أصلاً ، اللهم إلا أن يقال: إن المصنف لم يتكلم على مسألة الموت، وإنما كلامه مفرع على ما قبله، ومعناه: أن المرأة إذا كانت شريفة أو بائناً وكان الأب عديماً وقبل الابن غيرها فالمشهور وجوب

(٢) «التفريع» (٢ / ٧٨) .

(١) «البيان والتحصيل» (٤ / ٣٦٩) .

(٣) «المدونة» (٥ / ٤١٨) .

الإرضاع عليها .

فإن قيل: هو لم ينص في «المدونة» على هذه الصورة .

قيل: لا فرق بين أن يموت الأب ولا مال للصغير وبين أن يكون الأب عديماً في المعنى . ولهذا حكى ابن بشير المشهور وقول ابن الجلاب في الأب العديم ، وعلى كل تقدير فكلامه ليس بظاهر ؛ لأنه إن أراد مسألة الموت وهي التي في «المدونة» و«الجلاب» فكلامه لا ينبئ عن ذلك ، وإن أراد التفريع على مسألة الشريفة والبائن فليس بظاهر لأن التخريج وإن كان صحيحاً فكلامه لا ينبئ عن التخريج ، والظاهر أنه أراد هذا الثاني ؛ لأن كلامه لا ينبئ على الموت ولا سيما على ما وقع في بعض النسخ : (فإن قبل غيرهما) بضمير الثنية فيتعين الثاني ؛ لأن الضمير ليس له شيء يعود إليه إلا الشريفة والبائن . وفي بعضها: (غيرها) فيعود على الأم ، وبما في «الجلاب» قال عبد الوهاب .

ابن الجلاب^(١) : ويكون إرضاعه في بيت مال المسلمين .

وقوله : (بِخِلَافِ النَّفَقَةِ) أي: فلا تجب على الأم بالاتفاق ، وحمل بعضهم ما في «المدونة» وهو المشهور والذي حكاه المصنف على أن ذلك إذا تعذر الاستئجار من بيت المال ، والفرق للمشهور بين النفقة والإرضاع: أن اللبن مستخف .

ابن عبد السلام : ورأيت في بعض كلام ابن العربي: عن ابن المواز أنه يقول : نفقة الولد على الأبوين على قدر الميراث ، فقال هو : لعله أراد أنها على الأم عند عدم الأب . ابن عبد السلام : فإن صح نسبة هذا القول لابن المواز فتأويل ابن العربي بعيد ؛ لأنه إذا كان الأب عديماً أو معدوماً فكيف يمكن أن يؤدي من النفقة شيئاً فضلاً عن الثلثين اللذين هما نصيبه من الميراث .

تنبيه :

قد تبين لك من كلامه في «المدونة» أن للأم إذا لم يقبل الولد غيرها أن تأخذ على ذلك الأجرة ، وإن كان للأم ذلك فالأجنبية أولى .

قال شيخنا - رحمه الله - وأبو الحسن : ويجري فيهما قول آخر أنهما لا يكون لهما شيء قياساً على أحد القولين في المواساة الواجبة بفضل طعام أو شراب ، وذلك بأنه إذا لم

يقبل الولد غيرهما تعين عليهما الإرضاع ، والله أعلم .

وَعَلَىٰ وَجُوبِهِ فِي إِبْجَابِ الاسْتِجَارِ عَلَيْهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا لَبَنٌ قَوْلَانِ .

يعني : وإذا فرعنا على المشهور من وجوب الإرضاع عليها فلو لم يكن لها لبن فهل يجب عليها أن تستأجر من يرضعه ؛ لأنها لما كان عليها الإرضاع فعليها خلفه أو لا لأن هذا من النفقة ولا تجب عليها ؟ قولان ؛ والقول بالوجوب لمالك في «الموازية» وهو قول القاضي إسماعيل أبو عمران وهو قولهم كلهم ، والقول بعدم الوجوب لعبد الوهاب وهو اختيار التونسي واللمخي .

وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَعَلَى الْأَبِ .

الإشارة بذلك عائدة على وجوب الإرضاع حيث قلنا : أنه على الأم فعلى الأب ، أي إذا طلقت طلاقاً بائناً أو كانت شريفة وقبل الولد غير الأم وكان الأب ملياً .

فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ غَيْرَهَا تَعَيَّنَتْ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ .

أي : فإن لم يقبل الطفل غير أمه تعينت بأجرة المثل ، وظاهر كلامه سواء كانت بائناً أو شريفة ولا إشكال في ذلك في حق البائن .

ابن عبد السلام : لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] .

وأما الشريفة فكلام المصنف موافق لما تقدم ، وقد تقدم عن بعضهم أنه خالف في ذلك على أن الظاهر أنه لم يتعرض المصنف هنا للشريفة ؛ لأن الفروع التي ذكرها بعد هذا إنما ذكرها في البائن .

فَإِنْ قَبِلَ غَيْرَهَا خَيْرَتْ فِيهِ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ .

يعني : فإن قبل الولد غير أمه المطلقة خيرت هي في أن ترضعه بأجره المثل أو تتركه لمن يرضعه بذلك .

إِلَّا أَنْ يَجِدَ الْأَبُ مَنْ يَرْضِعُهُ عِنْدَهُ بِدُونِهَا فَتُخَيَّرُ بِذَلِكَ اتِّفَاقًا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهَا فَقَوْلَانِ ...

يعني : فإن وجد الأب من يرضعه بأقل من أجرة المثل فإن كانت الظئر ترضعه عند أمه فاتفق على أنه لا مقال لها في طلب أجرة المثل ، بل إما أن ترضعه بالقدر الذي وجده

الأب أو تسلمه للظئر ، وإن كانت الظئر لا ترضعه عند أمه فهل يكون كما لو كانت ترضعه عندها أو لا ، ويكون القول قولها في طلب أجره المثل ؟ قولان .

واعلم أن هذين القولين وقعا لمالك في «الموازية» مطلقين ، ثم اختلف الشيوخ فحكى ابن بشير عن بعضهم : أنه فهم أن محلها إذا كانت الظئر لا ترضعه عند الأم ، كما قال المصنف ، ومنهم من جمع بين القولين فحمل الرواية بخيار الأب على ما إذا كانت الظئر ترضعه عند الأم ، والرواية الأخرى على ما إذا أبت الظئر أن ترضعه عند الأم ، ومنهم من جعل القولين مطلقين سواء كانت ترضعه عند الأم أم لا .

وحمل ابن يونس^(١) وغيره «المدونة» على أن القول قول الأم في أجره المثل وإن وجد الأب من يرضعه عندها بأقل من ذلك ، ونصها على نقل ابن يونس : قلت : فإن قالت بعدما طلقها ألبتة لا أرضعه إلا بمائة درهم كل شهر ، وأصاب الزوج من يرضعه بخمسين ، قال : قال مالك : هي أحق به بما ترضعه به غيرها وليس للأب أن يفرق بينها وبينه ، فإن أبت أن ترضعه بذلك فلا حق إلا أن يكون الولد لا يقبل غيرها وخيف عليه الموت فإنها تجبر على رضاعه بأجرة مثلها .

ابن يونس^(٢) : قوله : إذا وجد الأب من يرضعه بخمسين وقالت الأم : لا أرضعه إلا بمائة فقال مالك : الأم أحق به بما يرضعه به غيرها ، يريد بأجرة مثلها لا بخمسين . وقاله بعض القرويين ، وإليه رجع ابن الكاتب وهو الصواب .

وسواء وجد من يرضعه عند الأم أم لا ، وإن كان عند الأم فهي لا تبشره بالرضاع والمبيت ، وذلك تفرقة بين الأم وولدها ؛ فلذلك كانت الأم أحق به بأجرة مثلها وهو أبين . عياض : ويشهد لهذا قوله بعد : (وليس للأب أن يفرق بينه وبينها إذا أرادت أن ترضعه بما ترضعه به الأجنبية . . إلى قوله في آخر المسألة : فإنها أحق بأجرة رضاع مثلها . وقوله أيضاً آخر «الكتاب» : إذا وجد من يرضعه باطلاً وهو موسر لم يكن له أخذه ، وعليها رضاعه بما يرضعه به غيرها ويجبر الأب على ذلك .

وحمل بعضهم «المدونة» على أنها إنما تكون أحق بأجرة المثل إذا لم يقبل غيرها أو لم يوجد من يرضعه عندها ، وأما إن وجد من يرضعه عندها باطلاً أو بدون أجره المثل فلا

حجة لها ، ونحوه في كتاب ابن سحنون لأبيه ، وقد يشهد أيضاً لهذا من الكتاب قوله إذا علق بالأم لا صبر له عليها وكان لا يقبل غيرها أو خيف عليه فأمه أحق به بأجرة مثلها .

واختار اللخمي التفصيل ؛ فإن كان الزائد الذي تبتغيه الأم يسيراً فالقول قولها ، وإن تباين ما بين الأجرتين أو وجد من يرضع ولده فالقول قول الأب إذا كانت الظئر ترضعه عند الأم ، وإن قالت : أنا أرضعه عندي لم يكن ذلك للأب لأن للأم حقاً في الحضانة وليس للأب أن يحول بينه وبينها .

وإن وجدته مجاناً وهو مؤسرٌ فقولان .

يعني : فإن وجد الأب من يرضعه مجاناً فإن كان معسراً فله ذلك إلا أن ترضى هي أن ترضعه بلا شيء ، فإن لم يكن معسراً فهل له ذلك ؛ لأنه حق له أو لا ؟ نظراً لحق الأم في الحضانة ؟ قولان : مذهب «المدونة» ليس له ذلك .

واقتصر في «الجواهر»^(١) عليه ، والقول الآخر لمالك من رواية ابن وهب .

قال في «البيان»^(٢) : ومعناه عندي إذا كان الذي وجدته الأب يرضعه عند أمه ولا يخرجها عن حضانتها .

(١) «الجواهر» (٢/٣١٩) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٤/٣٧١) .

كتاب الحضانة

وَالْحَضَانَةُ فِي النِّسَاءِ : لِلأُمِّ ، ثُمَّ أُمِّهَا ، ثُمَّ جَدَّةُ الأُمِّ لِأُمِّهَا ، ثُمَّ الخَالَةِ ، ثُمَّ الْجَدَّةِ لِلأَبِ ، ثُمَّ جَدَّةُ الأَبِ لِأَبِيهِ ، ثُمَّ الأُخْتِ ، ثُمَّ العَمَّةِ ، ثُمَّ بِنْتُ الأُخْتِ ...

تصوره ظاهر ، وقدم بعضهم على بعض على نحو ما ذكره المصنف ؛ لقوة الشفقة في المقدم ، ولهذا قال اللخمي : لو عَلِمَ مِمَّنْ قدمناه قلة الحنان ، والعطف لخلق بجفاء أو قسوة أو لأمر بينها وبين أم الولد وأبيه ، وَعُلِمَ من أحدٍ مِمَّنْ أخرناه الحنان والعطف ، لقدّم على من علم منه القسوة أو غير ذلك .

وذكر المصنف بنت الأخت ، وأسقط بنت الأخ ، وهي التي في «التهذيب» ، وفي «اختصار ابن يونس» بعد الأخت ، ثم بنت الأخت ثم العمة ثم بنات الأخ ، ولم يجعل لبنت الأخت ولا لبنت الخال ، ولا لبنت العمة ملك في «الواضحة» حقاً في الحضانة .

اللخمي : ومعناه مع العصبية وإلا فهم أحق من الأجنيبين ، واستبعد ابن محرز وابن رشد وغيرهما ما في «الواضحة» ؛ لأن بنت الأخت رحم محرم ، ولهذا قيل : بل تقدم بنت الأخ عليها للاتفاق عليها ، وقيل : هما سواء ينظر الإمام في أحرزهن وأكفئهن ، ونص عبد الوهاب واللخمي وصاحب «المقدمات»^(١) وغيرهم أن الأخت الشقيقة مقدمة على التي للأب ، وكذلك الخالة والعمة ، وكذلك يقدم الأخ للأم على الذي للأب ، بل قيل بإسقاط الأخ للأب ، وروي عن مالك وابن القاسم في كتب المدنيين أنه لا حق للأخت للأب ، لأن التعاطف بين الأختين للأم ، والشئان بينهما إذا كانتا للأب لاختلاف ما بين أمهاتهن .

قال في «المقدمات»^(٢) : وإنما تستوجب الحضانة بوصفين :

الأول : أن تكون ذات رحم .

والثاني : أن تكون محرمة عليه ، فإن كانت ذات رحم منه ولم تكن محرمة عليه كبنت الخالة ، وبنت العمة وما أشبههما لم يكن لها حق في الحضانة ، وكذلك إن كانت محرمة عليه ، ولم تكن ذات رحم منه كالمحرمة عليه والمصاهرة والرضاع .

(١) «المقدمات» (١/٢٩٩) .

(٢) «المقدمات» (١/٢٩٩) .

وَفِي إِلْحَاقِ خَالَةِ الْخَالَةِ بِالْخَالَةِ قَوْلَانِ .

يعني : اختلف على قولين : هل لخالة الخالة حق في الحضانة أو لا ؟ وهي أخت الجدة للأم ، قيل : وكذلك عممة العممة ، وهي أخت الجدة للأب ، ومذهب ابن القاسم : إلحاق خالة الخالة بالخالة ، وقدمها على الجدة للأب ، واستشكله اللخمي .

ابن عبد السلام : وفي عبارة المؤلف قلق ؛ لأن القول بعدم إلحاق خالة الخالة لا يلزم منه سقوط حقها مطلقاً ، لما علمت أن عدم إلحاقها بالخالة أعم من سقوطها بالكلية .

وَفِي الذُّكُورِ : لِلأَبِ ثُمَّ الْإِخِ ثُمَّ الْجَدُّ ثُمَّ ابْنِ الْإِخِ ثُمَّ ابْنِ الْعَمِّ ثُمَّ الْمَوْلى الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا...

الترتيب بين الحاضنين على ثلاثة أوجه : بين النساء بانفرادهن ، وبين الرجال بانفرادهم ، وبينهما ، ولما تكلم على الأول أتبعه بآخرين .

والترتيب الذي ذكره المصنف ذكره ابن المواز أن أحق العصبة الأخ بعد الأب ، ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم .

قال في «المقدمات»^(١) : فيحتمل أن يريد أن الجد وإن علا أحق من ابن الأخ والعم ، ويحتمل أن يريد أن أحق الناس بالحضانة من العصبة الأخ ، ثم الجد الأدنى ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم وإن سفل الأقرب فالأقرب ثم أبو الجد ثم عم العم ثم ابن عم العم ، وإن سفل الأقرب فالأقرب ثم جد الجد ، ثم ولده ثم ولد جد الأب ، ثم ولده على هذا الترتيب .

قال : فترتيب الحضانة يسن لحي على ميراث المال ولا على ميراث الولاء ، والصلاة على الجنائز لأن الجد وإن علا أرفع مرتبة في الميراث من الأخ ، ولأن بني الإخوة يسن لهم حق مع الجد وإن علا ، وابن الأخ في باب الولاء أحق من الجد .

اللخمي : ولم أر للجد للأم في الحضانة نصاً ، وأرى أن له في ذلك حقاً ؛ لأن له حناناً ، ولهذا غلظت الدية فيه ، وأسقط عنه القود ، وفي «الوثائق المجموعة» : إن اجتمع الجدان فالجد للأب أولى من الجد للأم ، وهو قول ابن العطار ، ونص في «المقدمات» على

(١) «المقدمات» (١/ ٣٠٠) .

أنه لا حق له ، ثم المولى الأعلى - أي بعد العصبه - وهو المعتق والأسفل يريد بعد الأعلى نص على ذلك للخمى : على المشهور فيهما ، أي في الأعلى والأسفل .

والمشهور مذهب « المدونة » إثبات الحضانة لهما ، وقال ابن محرز : لا حق في الحضانة للمولى الأعلى إذ لا رحم له ، وعلى قوله حق للأسفل من باب الأولى .

الخمى : ومن شرط مَنْ له الحضانة من الرجال : وجود الأهل من زوجة أو سرية ، قال : وهذا في الذكر ، وأما الأنثى فحق الأولياء في حضانتها على ثلاثة أقسام : ثابت ، وساقط ومختلف فيه ، فيثبت فيمن بينهن وبينه محرم كالأخ وابنه والجد ، ويسقط في كل من ليس بمحرم إذا كان غير مأمون أو مأموناً ، ولا أهل له ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يخلُ رجلُ بامرأة ليس بينه وبينها محرم » .

واختلف إذا كان مأموناً وله أهل ، فقال في « الموازية » في الصبية تتزوج أمها ولها جد وعم : لهما أن يأخذها ، وأما الوصي فليس بينه وبينها محرم ، وتكون مع زوج أمها لأنه صار كالمحرم منها إلا أن يخاف عليها عنده ، فيكون الوصي أولى بها .

وقال أصبغ : الوصي أولى بها من الأم إذا تزوجت ، ومن العم فالإناث وإن كن قد بلغن أبكاراً ، والأولياء إذا لم يكن بينهم وبينها محرم كالأوصياء ، وقول مالك أصوب ؛ لأنه لا ينفك مَنْ تكون في ولايته أن يطلع منها على ما لا يحل ؛ لأن طول الصحبة والتربية يسقط التحفظ ، وهذا فيمن بلغ منهم حد الوطء ، وأما فيمن كان صغيراً فيصح أن يقال : يكفلها الوصي إلى أن تبلغ حد الوطء فتزوج ، ويصح أن يقال بمنع ذلك لما عليها من الضرر في التنقل من قوم إلى قوم لأنها يشق عليها نقلها عن ألفتها ، وما ذكره من أول الفصل أن شرط الرجل في الحضانة أن يكون له أهل هو قول مالك في « مختصر ابن عبد الحكم » إذا تنازع الأب والخالة في الحضانة ؛ الأب أولى إذا كان عنده من يحضنه فراعى أهله لأنهن العمدة في القيام بالأطفال ، والغالب من الرجال التصرف ، فإذا لم يكن لهم من يكفلهم ضاعوا ، انتهى .

وقول مالك : (إذا كان عنده من يحضنه) أحسن من قول للخمى : (إذا كان عنده زوجة أو سرية) ؛ لصدق كلام مالك على ما إذا كانت أمة للخدمة أو قرابة ؛ لأن الغرض من يقوم بمصالح الصبي .

المتيطي : ومالك في «المدونة»^(١) : الوصي أحق بالولد إذا نكحت الأم وليس له جدة ولا خالة .

بعض القرويين : أراه يريد الولد الذكر ، قال في «الموازية» : ولا يأخذ الأنثى إذ ليس بينه وبينها محرم ؛ فجعل بعض شيوخنا ما في «الموازية» تفسيراً لظاهر «المدونة»^(٢) ، وظاهر المدونة محتمل ؛ لأن لفظ الولد والصبيان يقع على الذكور والإناث .

والأُمُّ ثُمَّ أُمُّهَا أَوْلَى مِنَ الْجَمِيعِ .

هذا هو الوجه الثالث - أعني : إذا اجتمع الرجال والنساء - وقوله : (من الجميع) ، أي : جميع الرجال والنساء ، وحكى اللخمي والمتيطي وابن رشد وغيرهم الاتفاق على ذلك .

وَفِي الْأَبِ مَعَ بَقِيَّتِهِنَّ ثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ : يُقَدَّمُ عَلَى مَنْ بَعْدَ الْجَدَّةِ لِلْأَبِ .

القول بتقديم الأب على من عدا الأم وأُمُّهَا لِمَالِكٍ فِي «الموازية» ، والقول بتقديم الجميع عليه لِمَالِكٍ فِي «الواضحة» ، والمشهور مذهب «المدونة» : يقدم على من بعد الجدة للأب ، فيقدم على الأخت وما بعدها ، وتقدم الجدة عليه ، ولو كانت نصرانية .

وزا اللخمي رابعاً لابن القاسم في كتب المدنيين : أن الخالة تبدأ على الأب ويبدأ هو على أمه زاد وزاد غيره خامساً أن الأب يقدم على من عدا الأم ، والجدة إن لم يكن مسلمات ، وإن كن قدمن عليه ، ونقل عن أشهب ، وذكر في «المقدمات»^(٣) في تقديم الأب على جميع قرابته أو تقديمهن عليه أو تقديمه على من عدا الجدة من قبله ثلاثة أقوال .

وَقِيلَ : الْأَبُ أَوْلَى مِنَ الْأُمِّ عِنْدَ إِثْغَارِ الذُّكُورِ .

يعني : فأحرى أن يكون مقدماً على غيرها ، وهذا القول رواه ابن وهب عن مالك ، ووجهه أن احتياج الولد إلى أبيه بعد الإثغار أكثر ؛ لأنه يحتاج حينئذ إلى التربية والتعليم ، واستحسن ابن القصار وابن رشد وغيرهما من الشيوخ استهزام الأبوين على الذكر إذا أثغر على ما وقع في بعض الآثار ، وذهب إلى بعض العلماء خارج المذهب ، وذهب الشافعي إلى أن الولد الذكر يخير بين أبويه ، واختاره بعض الشيوخ ، وترجع في الأنثى إذا كانت عند غير الأم .

(٢) «المدونة» (٣٥٩/٥) .

(١) «المدونة» (٣٥٩/٥) .

(٣) «المقدمات» (٣٠١/١) .

وَبَقِيَّةُ النِّسَاءِ أَوْلَى مِنْ بَقِيَّةِ الذُّكُورِ .

ابن عبد السلام : لا خلاف في هذا في المذهب .

اللخمي : وكل من ذكر أن له حظاً في الحضانة فليس ذلك بواجب عليه ، وهو في ذلك بالخيار من أب أو غيره ، لأن لكل حناناً وعطفاً ، ما خلا الأم ، واختلف هل تخير أم لا ؟ أي بناء على أنه حق لها ، أوله ابن محرز ، والصواب عندي : أنه حق مشترك بين الحاضن والمحضون .

وَأُمُّ الْوَلَدِ تُعْتَقُ كَالْحُرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ عَلَى الْأَصَحِّ .

يعني : إذا عتق أم ولده - وله منها ولد - فإنها أحق بحضانة ولدها على الأصح . والأصح هو مذهب «المدونة» ، ووجهه أن الفرقة حصلت بين الأبوين بالعتق هنا ، كما حصلت بالطلاق .

وقال ابن وهب : لا حضانة لها ، قال : وإنما ذلك للحررة يطلقها زوجها .

كَالْأُمَةِ الْمُتَزَوِّجَةِ فِي وَلَدِهَا الْحَرِّ يُعْتَقُ .

قوله : (يعتق) - بالياء المثناة من تحت - عائد على الولد ، قال في «المدونة»^(١) : وإذا أعتق ولد الأمة وزوجها حر فطلقها فهي أحق بحضانة ولدها ، إلا أن تباع إلى بلد غير بلد الأب ، فالأب أحق به ، أو يريد الأب انتقلاً إلى غير بلده فله أخذه .

محمد : وكذلك أيضاً إذا تزوجت الأم فالأب أحق به ، قيل : وظاهر «المدونة» خلافه ، وفيه نظر ، وليس في «المدونة» ما يؤخذ منه أنها إذا تزوجت لا تسقط حضانتها ، وإذا سقطت حضانة الحررة بالتزويج فالأمة أولى ، وأسقط المصنف حرف العطف من قوله : (كالأمة) لأنه قصد بذلك الاستدلال على مسألة أم الولد ، وذلك لأن الأمة المطلقة إذا لم يسقط حقها في الحضانة فالحررة التي كانت أم ولد وعتقها سيدها أولى لأن الحررة أقوى على صيانة ولدها من الأمة .

واستشكل اللخمي وجوب الحضانة للأمة ؛ لأنها مقهورة مشغولة بحقوق ساداتها ، وإذا سقطت حضانة الحررة بالتزويج لما يتعلق بها من حقوق الزوجية ، فالأمة أولى ؛ لأن سلطنة

الرق أقوى من سلطنة الزوجية .

وقد جنح مالك إلى هذا المعنى في «مختصر ما ليس في المختصر» ، فقال : إذا أعتق الصغير وأمه مملوكة وأمها حرة فتنازعاها ، فأمه أحق به - دنيا - ، إلا أن يكون ذلك مضراً به . فقلوه : (مضراً به) جنوح منه إلى النظر فيمن كان في الرق .

وإلى هذا الإشكال أيضاً ذهب ابن رشد ، فقال^(١) : القياس أن تكون الجدة الحرة أحق بالحضانة من الأم من أجل سيدها ، كما إذا تزوجت الأم ، قال : وإنما جعل الأم أحق ، أي : في مسألة المختصر ؛ لأنه رأى ألا يفرق بينه وبين أمه ورآها أحق بحضانتها من الجدة الحرة ؛ لأن سيده هو الذي ينفق عليه من أجل أنه أعتقه صغيراً ، ألا ترى أن من قول مالك وغيره في «المدونة» وغيرها أن من أعتق صغيراً وأمّه عنده أنه لا يبيعها إلا بمن يشترط عليه نفقته ليكون مع الأم في نفقة سيدها .

ابن هارون وابن عبد السلام : إنما يتم هذا لو كان زمان الحضانة هو الزمان الذي ينفق فيه السيد على عبده ، والزمان الذي لا يعرف بينه وبين الأم ولولدها المعتق ، وهي أمانة ثلاثة : زمان الحضانة في الذكر إلى الاحتلام ، وزمان النفقة على هذا المعتق أقل الأجلين ، إما بلوغ الحلم ، وإما بلوغه قدر ما يسعى فيه على نفسه ، والزمان الذي لا يفرق فيه بين الأم ولولدها الإثغار على ما عرف في المذهب .

فالجواب على إشكال اللخمي : أن المرأة إذا تزوجت حصل بين زوجها الثاني وبين مطلقها بعض العداوة له ولولده فنزع الولد من الأم لهذا المعنى بخلاف الأمة فإنها وإن شغلت بخدمة ساداتها لا يبغضون ولدها كما يبغضه الزوج ، ولا سيما إن كانوا هم الذين أعتقوه ، وينبهيك على ما أشرنا إليه من البغض ما لمالك في «الموازية» : إذا نكحت الأم فالجدة للأم أولى بحضانة الولد إذا كان لها منزل تضمهم فيه ، ولا تضمهم مع أمهم .

وقال سحنون في «أسئلة ابن حبيب» : إذا كانت الجدة لا زوج لها وهي ساكنة مع ابنتها في دار زوجها الثاني لم يلزمها الخروج من الدار ، ولم يكن للزوج حجة في بقاء الولد مع الأم والزوج الثاني في موضع واحد .

ابن هشام : وبما في «الموازية» أفتى ابن العواد ، وهي الرواية المشهورة عن مالك وأصحابه ، ولعل سحنوناً أراد الصبي ؛ لأنه لا كشف فيه ، وقد يقول في الصبية الكبيرة :

(١) «البيان والتحصيل» (٥ / ٣٦٠).

إن أباهما يكره اطلاع زوجها عليها ، ويمكن أن يكون ما قاله مالك في «الموازية» ليس معللاً بالبغض ، بل لأن للأب كما قال في «المدونة»: تعاهد الولد عند الأم وأدبهم وبعثهم إلى المكتب ، ولا يبيتون إلا عندها ، فإذا سكنت الحاضنة عند أمهم لم يكن للأب تعاهدهم عندها بسبب ما يحدث بذلك عما لا يخفى .

وَالْأَبُ وَالْوَصِيُّ أَوْلَىٰ مِنْ جَمِيعِ الْعَصَبَةِ عَلَى الْمَنْصُوصِ ، وَيُسَافِرُ بِهِمْ سَفَرُ نَقْلَةٍ ، وَقِيلَ : كَوَلِيَّ النِّكَاحِ ...

يعني : أن الذي نص عليه في الرواية أن الوحي أولى من سائر العصبة .

ابن بشير : وينبغي أن يجري الأمر على قولين ، هل يكون مقدماً أو غير مقدم . وقد قدمنا في الصلاة على الميت وفي ولي النكاح ما يقتضي الخلاف في هذا الأصل ، وهي أن هذه الحقوق هل تكون كالحقوق المالية ، فلما لكها أن يتصرف فيها وينقلها إلى غيره ، أو لا تكون كالحقوق المالية ؛ لأنه إنما ملك بسبب موجود فيه ، لا في المنقول إليه ؟

وهذا معنى قوله : (وَقِيلَ : كَوَلِيَّ النِّكَاحِ) وعلى هذا فيكون قوله : (وَقِيلَ : كَوَلِيَّ النِّكَاحِ) مقابل المنصوص ، وكان ينبغي أن يبين أن هذا القول مخرج ، وعلى هذا فقوله : (أولى) على المنصوص ، أي : ومقابله لا حق له في الولاية ، وإن كان لفظه يحتمل أن له حقاً في الولاية ، وليس بأولى لكن لم أر ذلك ، وكذلك يحتمل أن يكون قوله : (وَقِيلَ : كَوَلِيَّ النِّكَاحِ) اختلاف طريقة ، ويكون أشار بذلك إلى أنه هل يكون أولى من الولي أو الولي أولى منه ، أو هما سواء ، أو كالأجنبي ؟ لكن لم أر نقلاً يساعده .

وقوله : (وَيُسَافِرُ بِهِمْ سَفَرُ نَقْلَةٍ) ظاهر ؛ لأنه إذا كان للولي السفر بالطفل والوصي أولى منه ، كان الوصي أولى بذلك .

بعض الشيوخ : وإنما يقدم الوصي على الأولياء ، ما لم يعلم أن ذلك من الأب ، لشأن بينه وبين جد الولد أو أخيه ، فيقدمان على الوصي ، قال : ولو كان الشأن بينه وبين عم الولد أو ابن عمه لتقدم عليه الوصي ؛ لأنهما يتهمان في عداوته والإساءة لعداوة الأب . وَإِذَا اجْتَمَعَ الْمُتَسَاوُونَ رَجَّحَ الشَّقِيقُ ثُمَّ بِالصَّيَّانَةِ وَالرَّقْاقِ .

وقع في بعض النسخ : (الشَّقِيقُ) من الشقاقة ، وهو صحيح ، وقد تقدم ، وفي بعضها (الشفيق) من الشفقية وهو أيضاً صحيح ظاهر المعنى ، وثم يرجح بالصيانة ثم

بالسن؛ لأن الغالب أن الأسن أقرب إلى الرفق والصبر من غيره .

فَإِنْ غَابَ الْأَقْرَبُ : فَلَا يَبْعُدُ لَا السُّلْطَانُ .

هذا ظاهر ، ولا مدخل له هنا ، بخلاف النكاح .

وَشَرَطُ الْحَضَانَةِ : الْعَقْلُ ، وَالْأَمَانَةُ ، وَالْكَفَايَةُ ، وَحِرْزُ الْمَكَانِ فِي الْبِنْتِ يُخَافُ عَلَيْهَا ، وَلَوْ كَانَ أَبَاً أَوْ أُمًّا ، وَيَأْخُذُهَا مِنْهُمْ الْأَبْعَدُ ...

لمن يستحق الحضانة شروط :

أولها : العقل ، فلا حضانة لمجنون ولو كان غير مطبق ، ولا لمن به طيش .

ثانيها : الكفاية ، فلا حضانة لمن به زمانة ، أو بلغ به المرض أو الكبر ما لا يمكنه معه التصرف .

الثلثي : أو يمكنه بمشقة .

ثالثها : الأمانة ، فلا حضانة لمن يبذر ما يأخذه من نفقة المحضون ، أو كان غير مأمون في دينه ، لأن من هذا حاله يخاف أن يدخل على المحضون فساداً .

فرع :

ويحتاج الحاضن أن يثبت الأمانة على ما ذكره ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين ، واحتجوا لذلك بما في إرخاء الستور من «المدونة»^(١) : أن الحضانة يستحقها من الأولياء من كان في كفاية وحرز وتحصين ، وقد يكون الأب غير مأمون ، فرب أب شريب يذهب يشرب ويترك ابنته أو يدخل عليها الرجال ، فهذا لا تضم إليه .

ابن القاسم : وينظر لها السلطان ، المتيطي : فيما قيده الموثقون نظر عندي ، والواجب أن يحمل على الأمانة فيهم ، ولا يكلف بينة حتى يثبتوا عليه ذلك .

رابعها : المكان في البنت التي يخاف عليها ، بخلاف الصبي والصغيرة التي لا يخاف عليها .

وقوله : (وَلَوْ كَانَ أَبَاً) يعني : أن هذه الشروط تعتبر في الحاضن مطلقاً ، ولو كان أقرب الحاضنين أو الحاضنات ، ولا يقال : إن قربه يسقط بعض هذه الأوصاف .

واختلف في السفية ، فقيل : لها الحضانة ، وقيل : لا ، وهو قوله في «الموازية» ، قال : ولا حضانة لسفية ، ابن القاسم في «وثائقه» : ويلزم عليه العمى والصمم والقعد والخرس ، وقال اللخمي : إن كانت سفية في عقلها ذات طيش وقلة ضبط ، لا تحسن القيام بالمحضون ولا أدبه ، أو كانت سفية فيما تقبضه ، تنذره قبل انقضاء الأمر ، فلا حق لها في الحضانة ، بخلاف ما إذا كانت سفية مولى عليها ذات صيانة وقيام ، ويشترط في الحاضنة ألا تكون جذماء ولا برصاء ؛ وإن كان خفيفاً لم يمنع ، وإذا كانت الحاضنة لرجل روعي ذلك فيمن يتولى الحضانة من نسائه في القيام ، ودفع المضرة .

قوله : (وَيَأْخُذُهَا مِنْهُمْ الْأَبْعَدُ) أي : إذا عدم من الأقرب بعض هذه الصفات أخذه الأبعد ، وهو ظاهر .

وَخَلَوُ الْمَرْأَةِ مِنْ زَوْجٍ دَخَلَ بِهَا إِلَّا جَدَّ الطِّفْلِ عَلَى الْأَصَحِّ .

لما ذكر الشروط المطلوبة ذكر أن الحاضنة يشترط فيها أن تكون خالية من الزوج ، لقوله عليه الصلاة والسلام : «أنت أحق به ما لم تنكحي»^(١) وسقطت حضانتها بالزوج لاشتغالها بحقوق الزوج عن المحضون ، وهذا هو المعروف .

وفي «المتيطة» : عن مالك : إنه ليس للوالد أخذ الولد من الأم ، وإن تزوجت ودخل بها زوجها إذا كان الابن في كفاية .

قوله : (إِلَّا جَدَّ الطِّفْلِ) أي : فإن تزوج الحاضنة به لا يسقط حضانتها لشدة حنوه على الولد .

واعلم أن تزويج الحاضنة بجدة الطفل لا يمكن أن يتصور ذلك في حق الأم لاستحالة أن يتزوج أم الولد بجده ، وإنما يتصور في جدة الطفل ونحوها ، والأصح مذهب «المدونة» ، ومقابلة لابن وهب أنه لا يستثنى عنده أحد من الأزواج ، بل مطلق التزويج عنده مُسْقَطٌ نظراً لقوله عليه الصلاة والسلام : «ما لم تنكحي» .

وقوله : (جَدَّ الطِّفْلِ) الأحسن جد المحضون ؛ لأن الذي يتبادر إلى الذهن في العرف

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٧٦) ، وأحمد (٦٧٠٧ ، ٦٨٩٣) ، والحاكم (٢٨٣٠) ، والبيهقي في الكبرى (١٥٥٤١) .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وحسنه الألباني - رحمه الله - .

من الطفل إنما هو الواحد الذكر ، وإن صح إطلاقه على أكثر من واحد لقوله تعالى : ﴿أَوْ
الْطِّفْلَ الَّذِينَ لَمْ يُظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٣١] .

تنبيه :

قوله : (إِلَّا جَدَّ الطِّفْلِ) نحوه لابن شاس^(١) وابن بشير : إن تزوجت الأم أو من
لها الحضانة ، فإن لم يكن ولياً للطفل فقد سقطت حضانتها ، وإن كان ولياً فقولان ،
المشهور ثبوت حضانتها ، فأطلق في الولي ، ونحوه للخمى وصاحب «المقدمات» ، ففي
«المقدمات»^(٢) : وإن [كان]^(٣) زوجها ذا رحم من المحضون ، فلا يخلو للخمى من وجهين :
أحدهما : أن يكون محرماً .

والثاني : ألا يكون محرماً .

فإن كان محرماً عليه فسواء كان ممن له الحضانة كالعم والجد للأب ، أو ممن لا حضانة
له كالحال ، والجد للأم لا تأثير له في إسقاط الحضانة ، وأما إن كان غير محرم عليه فلا
يخلو أن يكون ممن له الحضانة كابن العم أو ممن لا حضانة له كابن الحال ، فإن كان ممن له
الحضانة فهي أحق ما لم يكن للمحضون حاضنة أقرب إليه منه فارغة من زوج ، وإن كان
ممن لا حضانة له سقطت حضانتها بكل حال ، كالأجنبي سواء .

وإن كانت وصيةً فقولان .

يعني : اختلف هل يستثنى من النساء إذا تزوجن المرأة الموصاة أم لا ؟ قولان ، وهما
لمالك ، وروي عن أشهب وابن نافع : إذا أرادت النكاح له أن ينتزع الولد منها إن نكحت ؛
لأن المرأة إذا تزوجت غلبت على جل أمرها حتى تعمل ما ليس بصواب . وقال في موضع
آخر : إن أفردت لهم بيتاً مع من يخدمهم ، وأحسن النظر لم ينزعوا منها .

فائدتان :

قال غير واحد : لا يسقط التزويج بالأجنبي الحضانة في ست مسائل هذه على أحد
القولين : وإذا كان الولد رضيعاً لا يقبل غير أمه ، وإذا قبل وقالت الظئر : لا أرضعه إلا
عندي ؛ لأن كونه في رضاع أمه - وإن كانت متزوجة - أرفق له من أن يسلم لأجنبية ، وإذا

(٢) «المقدمات» (١/ ٣٠٠) .

(١) «الجواهر» (٢ / ٢٧٥) .

(٣) سقط من ط .

كان من بعدها ممن له الحضانة غير مأمون ، وإذا كان من بعدها عاجزاً أو غائباً ، وإذا لم يكن للولد قرابة من الرجال ولا من النساء ، ويزاد سابعة وهي : إذا كان الأب عبداً والزوجة حرة ، فلا يكون للأب أن ينتزعه منها إذا تزوجت .

ابن القاسم : في «الموازية» : إلا أن يكون مثل العبد القيم بأمر سيده ، أو التاجر الذي له الكفاية ، فيكون أولى بولده إذا تزوجت الأم ، وأما العبد الذي يخرج في الأسواق وبيعت في الأسفار فلا .

الفائدة الثانية : قال في «المقدمات»^(١) : اختلف بماذا يسقط الزوج الأجنبي حضانة زوجته ؛ ف قيل : بالدخول ، وقيل : بالحكم عليها ، وقيل : بأخذ الولد منها ، وعلى هذا يأتي اختلافهم فيمن طلق امرأته وله منها ولد ، فتزوجت ولم يعلم بتزويجها حتى مات عنها أو طلقها أو علم بذلك ولم تطل المدة ، هل له أن يأخذ الولد منها بعد خلوها من الزوج أم لا ؟

وأما إن علم بتزويجها ولم يقم حتى طالت المدة ثم طلقها الزوج أو مات عنها فليس له أن يأخذ الولد منها ، لأنه يعد بذلك تاركاً لحقه على الخلاف في السكوت ، هل هو بمنزلة الإقرار أم لا ؟

وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِسْلَامُ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَتُضَمُّ إِلَى نَاسٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَلَوْ كَانَتْ مَجُوسِيَّةً أَسْلَمَ زَوْجُهَا...

لا يشترط في الحاضن والحاضنة أن يكونا مسلمين على المشهور ، وهو مذهب «المدونة» ، والشاذ لابن وهب : لا حق لكافرة ؛ لأنه إذا لم يكن لمن أثنى عليه بشر حضانة ، فالكافرة أولى ، واستحسنه اللخمي .

وقوله : (وَتُضَمُّ إِلَى نَاسٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ) ظاهره : أنها تضم مطلقاً .

وفي «المدونة»^(٢) : والذمية إذا طلقت والمجوسية يسلم زوجها وتأبى هي الإسلام فيفرق بينهما ، ولهما من الحضانة ما للمسلمة ، وتمنع أن تغذيهم بخمر أو خنزير ، وإن خيف أن تفعل ذلك ضمت إلى ناس من المسلمين ، ولا ينتزعون منها ، فلم يقل : إنها

(١) «المقدمات» (٣٠١/١) .

(٢) «المدونة» (٣١٥/٤) .

تضم، إلا إذا خيف منها .

وَلَا تَعُودُ بَعْدَ الطَّلَاقِ أَوْ الْإِسْقَاطِ عَلَى الْأَشْهَرِ إِلَّا فِي إِسْقَاطِهِ لِعُذْرِ .

يعني : فلو تزوجت الأم أو غيرها من الحاضنات أو أسقطته هي فهل لها أن تعود في الطفل فتأخذه إذا طلقت أو مات زوجها، فالأشهر وهو مذهب «المدونة» أنها لا تأخذه ولا تعود لها الحضانة ، والشاذ لابن وهب أنها تأخذه .

وزاد في «المقدمات»^(١) ثالثاً : أنها تسقط حضانتها في حال تزويجها ، فإن طلقها الزوج أو مات عنها رجعت في ولدها، وفيه نظر ، لأن هذا القول هو قول ابن وهب لأن ابن وهب لا يقول : إن لها الحضانة وهي متزوجة ، وهكذا قال ابن عبد السلام .

صاحب المقدمات وغيره : وهذا الخلاف إنما هو على مذهب من يرى أن الحضانة حق للحاضنة ، وأما على قول ابن الماجشون الذي يرى أن الحق في الحضانة للمحضون فلها أن تأخذ الولد متى خلت من الزوج .

ابن عبد السلام : واختلف في سكوت الحاضن الأقرب عن الحاضن الأبعد يأخذ الطفل أو غيره ممن كان له في الحضانة حق فتزوج مثلاً ، وبقي الطفل بيده هل يكون سكوته تركاً لحقه في الحضانة ؟ على قولين ، إلا في إسقاطه لعذر كمرض أو لسفر حجة الفريضة ونحو ذلك ، فإن لها الحضانة إذا زال عذرهما .

فرعان :

أولهما : قال في «الموازية» : وإن تزوجت الأم فأخذتهم الجدة للأم ثم فارق الأم زوجها فللجدة أن تردهم عليها ، وليس للأب في ذلك حجة .

ابن محرز والمتيطي : أما لو ماتت الجدة وطلقت المرأة فهي أحق من الأب .

الثاني : قال أشهب عن مالك فيمن توفي زوجها فتركت أولادها خمسة أشهر أو سبعة ثم قيل لها : أنت أحق بهم ما لم تنكحي، فقالت : والله ما علمت بهذا، قال : الثاني في هذا قريب ، وهو يجهل السنة ، وقد سئل عمن فارق زوجته وله منها بنت فطرحتها وألحقت بأهلها ، فقامت عندهم ما شاء الله ، ثم تزوجت لا تتعرض لبنتها ولا تريدها حتى

ماتت ، فقامت أمها تطلب ابنة ابنتها ، فقال : إن كان لذلك سنة فأكثر فلا شيء لها ، فقد تركوها ورفضوها ، فإن كان لذلك سنة إلا يسيراً فأرى لها أخذها ، وإن تزوجها تزويجاً فاسداً لا يُقران عليه ، ودخل بها الزوج ، ونزع منها الولد ثم علم بفساد النكاح ففسخ ، فقال بعضهم : يرجع إليها الولد ، وقال غيره : لا يرجع .

ابن يونس^(١) : وهو أصوب ، وفسخ نكاحها كطلاق زوجها في النكاح الصحيح .
وَيَسْقُطُ حَقُّ الْأُمِّ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَضَانَةِ إِذَا سَافَرَ وَلِيُّ الطِّفْلِ الْحُرُّ أَبَا أَوْ غَيْرُهُ سَفَرُ نَقْلَةٍ سِتَّةَ بُرْدٍ ، وَلَوْ كَانَ رَضِيعاً لَا سَفَرَ نَزْهَةً وَتِجَارَةً إِلَّا أَنْ تُسَافِرَ مَعَهُ...

يعني : إذا سافر ولي الطفل سواء كان الولي أباً أو غيره ، ودخل في قوله : (أو غيره) الوصي وغيره ، والحر أولى ، يصح أن يقرأ بالخفض صفة للطفل ، وبالرفع صفة للولي ، لأنه إذا كان الولد أو أبوه رقيقاً لم يكن السفر مسقطاً للحضانة ، بل إن كان العبد هو الولد فليس لأبيه إذا سافر كلام ، بل هو تحت نظر سيده في الحضن ، وكذلك للسيد أن يسافر به ، ولأمه اتباعه إن أحببت ، وإن كان العبد هو الأب ففي «المدونة» ليس له حق إذا سافر والأم أحق به ، كانت حرة أو أمة ، لأن العبد لا قرار له ولا مسكن .

قوله : (سَفَرُ نَقْلَةٍ) أي : سفر انتقال ، وأما إن سافر سفر نزهة أو تجارة فلا حق له ، وإليه أشار بقوله : (لَا سَفَرَ نَزْهَةٍ وَتِجَارَةٍ) أي : ونحوهما .

وقوله : (سِتَّةَ بُرْدٍ) هو بيان للسفر المسقط ، يعني : وأما لو سافر سفر قريباً فإن ذلك لا يسقط حضانتها ، لإمكان نظر الولي ، وهذا التحديد للملك في «الموازية» .

وقوله : (وَلَوْ كَانَ رَضِيعاً) مبالغة ، وهو المشهور ، بشرط أن يقبل غير أمه ، ولا بن القاسم : ليس له أخذه إلا أن يكون فطيماً قد استغنى عن أمه .

ولمالك في «الموازية» : لا يخرجوا بهم حتى يثغروا .

وقوله : (إِلَّا أَنْ تُسَافِرَ مَعَهُ) يعني : أنه تسقط حضانتها بالسفر المذكور إلا أن تتبعه فهي على حضانتها ، ولا كلام للولي ، وإنما سقطت الحضانة بهذا السفر ، لأن نظر الولي لوصيه عام ، ونظر الأم إنما هو في أمور خاصة ، فكان تحصيل ما ينظر فيه الولي أولى من تحصيل ما تنتظر فيه الأم ، ولهذا كان الوصي مقدماً على الأولياء إذا أراد سفره بالمحضون .

بعض شيوخنا^(١): وإن كان للولد وليان ، وهما في [القعد]^(٢) سواء ، فسافر أحدهما ، فليس له الرحلة بالولد ، والمقيم أولى لبقاء الولد مع أمه ، وكذلك إن لم تكن له أم ، لأنه هو المقدم في نكاحها إن كانت أنثى .

فرعان :

الأول: قال جماعة : يشترط في إسقاط الحضانة بالسفر أن تكون الطريق مأمونة ، يسلم فيها بالمال والحريم ، وكذلك البلد الذي ينتقل إليه ، ولا يشترط أن لا يكون بين البلد الذي سافر إليه الأب وبلد الحضانة بحر على الأصح ، قاله ابن الهندي وغيره لقوله تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ ﴾ [يونس: ٢٢] .

الثاني : إذا قلنا : للولي الانتقال بالولد ، فقال ابن أبي زمين : كان بعض من أدركنا من شيوخنا المقتدى بهم في الفتوى يفتون بأن الولي لا يكون أحق حتى يثبت عند حاكم البلد الذي فيه الحضانة أنه قد استوطن الموضع الذي رحل إليه ، وقال ابن الهندي وابن الفخار وغيرهما : بل له الأخذ إذا أراد الرحيل .

واحتجوا بقوله في «المدونة»^(٣) : إذا أراد الأب أن يرتحل إلى بلد ؛ أن للأب أن يخرج بولده معه إذا ارتحل ، وكذلك الأولياء ، فلم يكلفه بيئته أنه قد استوطن . وعابوا الأول لأنه يؤدي إلى المشقة في الراحل إلى البعيد ، وقد آوى إلى إسقاط حقه .

ابن الهندي : ويحلف لقد يريد استيطان ذلك البلد .

بعض القرويين : وهذا يحسن في المتهم ، وأما المأمون فلا يمين عليه ، ووقع لسحنون في «أسئلة حبيب» : أنه كان يكشف عن انتقاله كشفاً شافياً ، فإن تبين ضرره منع ، وإن كان خروجه حقيقة لا مضاراً بالألم لم يمنع ، وقيل للألم : اتبعي ولدك إن شئت .

واستدل بعضهم على صدقه بقرائن الأحوال ، فإن باع ربه أو نحو ذلك صدق ، وعلى أنه لا بد من الاستيطان بمدة غير محدودة ، بل يرجع إلى اجتهد الحاكم .

عبد الحق^(٤) : ووقع في «وثائق ابن الطلاع» : تحرير المدة بالعام .

(١) «الجامع» (٤ / ٤٤٤) .

(٢) في «الجامع» : القعود .

(٣) «المدونة» (٥ / ٣٥٨) .

(٤) «النكت والفروق» (١ / ٢٤٦) .

وَقَالَ أَصْبَغُ : بَرِيدَيْنِ .

قوله : (وَقَالَ أَصْبَغُ : بَرِيدَيْنِ) يقتضي ثبوت معطوف عليه ، وهو قوله : (ستة برد) .

ابن عبد السلام : ولم يثبت (ستة برد) في كل النسخ ، ولم أر أنا نسخة إلا وفيها ذلك .

وقال أصبغ في «الموازية» : لأن فيها عنه : ليس للأم أن تتجع بولدها من الأسكندرية إلى الكريون .

اللخمي وغيره : وبينهما بريدان ، وقريب منه ما قاله مالك : في البعيد مرحلتان .

أبو إسحاق : وقول أصبغ ظاهر «المدونة» ؛ لأنه قال : القريب البريد ونحوه .

ولمالك : أن مسيرة اليوم قريب للأم أن تخرج بالولد إليه ، قيل : وهو الأقرب قياساً على سفر القصر ، ولمالك : حد القريب أن يكون بموضع لا ينقطع خبر الولد منه ، من غير أن يحده بأميل .

اللخمي : وهو بين ، فرب قريب لا ينقطع خبر الولد منه ، واستعلام حاله لكثرة تردد أهله بين الموضعين ، ورب قريب لا يعرف فيه حال الولد لقلة التصرف فيما بين الموضعين .

وقال ابن مغيث : الذي مضت الفتوى به عند شيوخ المذهب ما ذكره المصنف أولاً : ستة برد ، وقيل : إذا كان على رأس البريد هو بعيد .

وروى ابن وهب في «الموطأ» : حتى يرتحل من المدينة إلى مصر ، ومثله عن أشهب .

وَسَفَرُهُ أَوْ سَفَرُ الْأُمِّ بِهِ دُونَ ذَلِكَ ، لَا يَسْقُطُ ، وَفِيهَا : كَالْبَرِيدَيْنِ .

يعني : وسفر الولي أو سفر الأم دون المسافة المسقطه لا يسقط حق الحضانة ؛ لأن ذلك لا يمنع الولي من النظر في أمر الطفل ، وفي «المدونة»^(١) تحرير القرب بالبريد ونحوه .

وقد تقدم أن أبا إسحاق أخذ منه أن البعيد بريدان كما قاله أصبغ ، وكذلك قال ابن رشد في قول أشهب : لا يرحل بهم ثلاثة برد . هذا مثل ما في «المدونة» لا ينتجع بهم إلا في المكان القريب ؛ البريد ونحوه ، وما ذكره من تسوية سفر الولي والحضانة نص عليه

اللخمي وغيره .

ابن راشد: وحيث قلنا: تخرج بهم الأم فحقهم في النفقة باق على أبيهم في ظاهر المذهب . وحكى في «الطرر» عن ابن جواهر الطليطي أن الأم إذا خرجت بينها إلى الصائفة سقط الفرض عن أبيهم مدة مقامهم ، ولو طلبت الانتقال بهم إلى موضع مصر ، فشرط الأب عليها نفقتهم وكسوتهم جاز ذلك ، وكذلك إذا خاف أن تخرج بهم بغير إذنه ، فشرط عليها إن فعلت ذلك فنفتهم وكسوتهم عليها ؛ لزمها ذلك ، قاله بعض الأندلسيين .

وَفِي اسْتِحْقَاقِ الْحَاضِنَةِ عَنْهَا شَيْئًا قَوْلَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ حَقٌّ لَهُ أَوْ لَهَا .

قوله : (عَنْهَا) أي: عن الحاضنة، وما ذكر المصنف من منشأ الخلاف ذكره صاحب «المقدمات»^(١) وابن بشير، فقالا : من رأى الحاضنة حقاً للمحضون أوجب للحاضن الأجرة على المحضون ، ومن رآها حقاً للحاضن لم ير له أجرة، وما قاله ابن عبد السلام من عكس هذا البناء ليس بظاهر ، قال في «المقدمات»^(٢) : من رأى أن ذلك من حقها لم ير لها سكنى ، ومن رأى ذلك من حق المحضون رأى أن لهما كراء المسكن على الأب .

خليل : وفيه نظر ؛ لأن المشهور أن الحق للحاضنة ، والمشهور أن على الأب السكنى ، وهو مذهب «المدونة» خلافاً لابن وهب، وعلى المشهور فقال سحنون : يكون السكنى على حسب الاجتهاد، ونحوه لابن القاسم في «الدمياطية» ، وهو قريب لما في «المدونة» .

وقال يحيى بن عمر : على قدر الجماجم، وروي : لا شيء على المرأة ما دام الأب موسراً . وقيل : إنها على الموسر من الأب والحاضنة . وحكى ابن بشير قولاً بأنه لا شيء على الأم من السكنى ، ورأى اللخمي : أن الأب إن كان في مسكن يملكه أو بكراء ولو كان ولده معه لم يزد عليه في الكراء شيئاً ؛ لأنه في مندوحة عن دفع الأجرة في سكناء ، وإن كان يزداد عليه في الكراء ، وعليها هي لأجل الولد ، فعليه الأقل مما يزداد عليه أو عليها لأجله ، فإن كان ما يزداد عليها أقل أخذته لأنه القدر الذي أضرب بها ، وإن كان ما يزداد عليه غرمه لأنه مما لم يكن له بد ولو كان عنده .

(١) «المقدمات» (٣٠٢/١) .

(٢) «المقدمات» (٣٠٢/١) .

وفي «الطرر» : لا سكنى للرضيع على أبيه مدة الرضاع ، فإذا خرج من الرضاعة كان عليه أن يسكنه .

خليل : ولا أظنهم يختلفون في الرضيع .

فائدة :

في المذهب مسائل اختلف فيها ، هل هي على الرؤوس أم لا ؟ منها : هذه ، ومنها : أجره كاتب الوثيقة ، ومنها : كانس المراحيض ، ومنها : حارس الأندر ، ومنها : أجر القاسم ، ومنها : التقويم على المعتقين ، ومنها : الشفعة إذا وجبت لشركاء ، ومنها : العبد المشترك في زكاة الفطر ، ومنها : النفقة على الأبوين ، ومنها : إذا أرسل أحد الصائدين كلباً والآخر كلبين ، ومنها : إذا أوصى بمجاهيل من أنواع .

وَعَلَى الْإِسْتِحْقَاقِ فَإِنْ اسْتَغْرَقَتْ أَزْمَانَهَا فَنَفَقَةٌ وَإِلَّا فَأُجْرَةٌ .

يعني : وعلى القول باستحقاق الحاضنة على الحضانة أجره ، فإن أشغلها ما يتعلق بالولد في جميع أزمانها وجبت لها النفقة كالزوجة ، وإن لم تستغرق أزمانها وجب لها من الأجرة بحسب ما يقرره أهل العرف لها .

اللخمي : وإن كان الولد يتيماً فللأم أجره الحضانة إن كانت فقيرة والابن موسراً ؛ لأنها تستحق النفقة في ماله ، واختلف إذا كانت موسرة ، فقال مالك : لا نفقة لها ، وقال مرة : لها النفقة إذا قامت عليه بعد وفاة أبيه ، وقال أيضاً : تنفق بقدر حضانتها إذا كانت لو تركته لم يكن له بد من الحضانة ، فجعل لها في هذا القول الأجرة دون النفقة .

اللخمي : وأرى إن تأيمت لأجلهم وكانت هي الخادمة والقائمة بأمورهم أن لها النفقة ، وإن كانت أكثر من الأجرة لأنها لو تركتهم وتزوجت أتى من يقف عليها - وكان من النظر للولد كونهم في نظرها - وإن لم تكن تأيمت لأجلهم أو كانت في سن من لا يتزوج كان لها الأجرة ، وإن كانت دون نفقتها ، وإن كان لهم من يخدمهم واستأجرت من يقوم بخدمتهم فإنها هي ناظرة بما يصلح للولد فقط لم أر لها شيئاً .

فرعان :

الأول : إن لمن الولد في حضانتها من أم أو غيرها أن تأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة أو كسوة وغطاء ووطاء ، وإن قال الأب : هو يأكل عندي ثم يعود إليك ، لم يكن له

ذلك ؛ لأن في ذلك ضرراً على الولد وعلى الحاضنة ؛ إذ الأطفال يأكلون في كل وقت ،
قاله غير واحد .

وكتب شجرة إلى سحنون في الخالة الحاضنة إذا قال الأب : إنها تأكل ما أعطيه ؛
وطلب الأب أنه يأكل عنده ويعلمه ، فكتب إليه : إن القول للأب ، فجعل للحاضنة أن
يأوي إليها فقط ، والأول هو الأصل ، ولعله ظهر صدقه في السؤال ، وقد ذكر ابن
يونس^(١) عن مالك هذا التفصيل نصاً في «العتية» .

الثاني : اللخمي : اختلف في خدمة الولد ، ففي «المدونة» : إن كان لا بد للولد من
خادم لضعفهم عن أنفسهم والأب يقوى على الإخدام أخدمهم .

وقال ابن وهب في «الدمياطية» : ليس عليه أن يخدمهم ، وبذلك قضى أبو بكر على
عمر رضي الله عنهما .

وَتَجِبُ عَلَى الْوَلَدِ نَفَقَةُ أَبَوَيْهِ الْفَقِيرَيْنِ - صَحِيحَيْنِ أَوْ زَمَيْنَيْنِ ، مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ -
صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا ، ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، وَإِنْ كَرِهَ زَوْجُهَا...

يعني : أنه يجب على الولد أن ينفق على أبويه سواء كانا صحيحين أو زمنين مسلمين
أو كافرين ، صغيراً أو كبيراً ، وكذلك أيضاً لو كان هو كافر وهما مسلمان ، هذا هو
القول المشهور ، وروى ابن غانم عن مالك أنه لا نفقة للأبوين الكافرين ، واشترط أن
يكونا فقيرين ؛ لأنه لا نفقة لهما إذا كانا غنيين .

ابن لبابة : ويحلفه الولد على فقره استبراء للحكم ، وقال غيره : لا يحلفه ؛ لأنه من
الحقوق ، وبه الحكم .

وَلَا يُسْقِطُهَا تَزْوِيجُ الْأُمِّ لِفَقِيرٍ .

أي : إذا تزوجت الأم فقيراً فوجوده كعدمه ، ونفقتها مستمرة على الولد ، وكذلك
أيضاً لو كان الزوج ملياً وافتقر ، ولو كان يقدر على بعضها تم الابن باقي النفقة ولو كان
الزوج ملياً ، وقال : لا أنفق عليها إن رضيت ، وإلا فارقتها ؛ فرضيت الأم . فقال
الباجي^(٢) : ينفق الابن ، وقال اللخمي : لا ينفق ، إلا أن تكون قد أسنت والزوج على

(١) «الجامع» (٤ / ٤٥٢) .

(٢) «المنتقى» (٦ / ٢٣) .

غير ذلك ، أو يقوم الدليل على صحة قوله .

فَإِنْ كَانَ أَوْلَادُ مُوسِرُونَ وَزَعَتْ ، وَفِي تَوَازِيْعِهَا عَلَى الرَّؤُوسِ أَوْ عَلَى الْيَسَارِ قَوْلَانِ .

القول بأنها على الرؤوس لابن الماجشون وأصنغ ، والقول : بأنها على قدر اليسار ،

لابن المواز ، وقال مطرف وابن حبيب : على قدر الميراث .

فرع :

إذا كان للأب مال فوهبه أو تصدق به ثم طلب الابن بالنفقة فللولد أن يرد فعله ،

وكذلك لو تصدق به على أحد ولديه كان للولد الآخر أن يرد فعله ؛ قاله اللخمي .

وَكَذَلِكَ خَادِمُهُ وَخَادِمَتُهَا عَلَى الْمَشْهُورِ .

هذا عائد على صدر الفصل ، يعني : وكذلك يجب على الولد نفقة خادم الأب

وخادم الأم على المشهور ، والشاذ لابن عبد الحكم : ليس عليه أن ينفق على خادم أبيه .

وفي «المدونة»^(١) : يلزمه أن ينفق على خادم أبيه وخادم زوجة أبيه ؛ لأن خادم زوجة

أبيه تخدمه ، ويحتمل كلام المصنف من حيث اللفظة أن يكون قوله : (وَكَذَلِكَ خَادِمُهُ)

راجع إلى مسألة توزيع النفقة ، وهو بعيد .

وَكَذَلِكَ إِعْفَافُهُ بِزَوْجَةٍ .

يعني : وكذلك يجب على الولد أن يعف والده بزوجة ، هذا قول أشهب ، واختاره

ابن الهندي ، قيل : وهو المشهور عن مالك وابن القاسم أنه ليس على الولد ذلك ، وقاله

المغيرة وابن عبد الحكم ، وفي رواية ابن نافع وأشهب : إن كان رجلاً نكاحاً يأتي امرأة لها

شأن ، فما أرى ذلك عليه .

اللخمي : إن كان محتاجاً إلى النساء وزوجه ، وإن لم يكن محتاجاً لهن ويخدم نفسه

لم يكن عليه تزويجه ، وإن لم يكن قادراً على خدمة نفسه ، أو كان مثله لا يتكلف ذلك ،

كان تزويجه حسناً .

قال ابن رشد^(٢) : لو تحققنا حاجة الأب إلى النكاح ، لانبغى ألا يختلف في وجوب

ذلك على الابن ، فالاختلاف إنما هو عائد إلى تصديق الأب فيما يدعيه من الحاجة إلى

النكاح .

(٢) «البيان والتحصيل» (٥ / ٣٢٨) .

(١) «المدونة» (٥ / ٣٦٤) .

اللخمي : وينفق الابن على زوجة الأب ، سواء كان الأب محتاجاً إليها في الإصابة أم لا ، لأنه وإن أسن يحتاج إلى رفق من يقوم به ، ولأن عليه مضرة ومعرة في فراق زوجته لعدم النفقة ، قال في «المدونة»^(١) : وينفق على زوجة وإخوة لا أكثر ، ولا إشكال في هذا إن كانتا أجنبيتين ، وأما إن كانت إحدهما أمه ، فاختلف في ذلك إذا كانت أم الولد فقيرة ، فقيل : يلزمه نفقتهما أما الأم فلفقرها ، إذ لو فارقها الأب لكان عليه نفقتها ، وأما الأخرى ، فلأنها لو كانت وحدها لزمته نفقتها ، وقيل : لا يلزمه إلا نفقة أمه .

ابن يونس^(٢) : وهو أشبه بظاهر الكتاب ؛ إذ ليس عليه أن ينفق إلا على امرأة واحدة ، وقال اللخمي : إنما ينفق على أمه فقط ، إلا أن تكون أمه قد أسنت ، والأخرى شابة .

وفي «الأبنية» فعليه أن ينفق عليهما جميعاً ، ونقل ابن عيشون عن ابن نافع : أنه ينفق على أربع زوجات الأب .

فرع :

ولا يلزم الولد أن ينفق على زوج أمه الفقير ، وقال في «الكافي»^(٣) : على الابن أن ينفق عليه ، وفي «الإرشاد» أنه يجب على الابن أن ينفق على زوج الأم إن أعسر ، إلا إن تزوجته فقيراً .

فَإِنْ كَانَتْ لَهُ دَارٌ لَا فَضْلَ فِي ثَمَنِهَا لَمْ تُعْتَبَرْ كَمَا يَأْخُذُ مِنَ الزَّكَاةِ .

تصوره ظاهر ، واختلف إذا كانت للابن دار يسكنها ، وليس للأب مال ، فقال ابن القاسم : لا تباع دار الابن لأجل نفقة الأب ، وقيل : بل تباع ، وعلى هذا فيبيع دار الأب لينفق منها على نفسه أولى .

وَشَرَطُ نَفَقَةِ الْوَلَدِ وَالْأَبْوَيْنِ - الْيَسَارُ .

يعني : كما يشترط في طالب النفقة الفقر فكذلك يشترط في معطيها اليسار .

الباجي^(٤) : وتلزم نفقة الأبوين المعسرين ، وإن قويا على العمل ، وقال اللخمي : إن

(٢) «الجامع» (٤ / ٤٥٣ ، ٤٥٤) .

(١) «المدونة» (٣٦٤ / ٥) .

(٣) «الكافي» (ص / ٢٩٩) .

(٤) «المنتقى» (٢٣ / ٦) .

كان للأب صناعة تقوم به وبزوجته أجبر على عملها ، وإن كانت تكفيه لبعض حاجته تم الابن الباقي .

فرع :

إذا طلب الأب من الابن النفقة وادعى الفقر وأنكر الابن فقر أبيه ، وادعى أنه عديم ، فقال ابن العطار وابن أبي زمنين : الابن محمول على الملاء حتى يثبت خلافه ، وعليه أن يثبت العدم ، وقال ابن الفخار : بل على الأب إثبات ملاء ابنه ، قال : وإن كان للأب ولد آخر وجب على الابن المدعي العدم إثباتُ عُدْمِهِ ؛ لأن أخاه يطالب بالنفقة معه .

ابن العطار : وأما الوالد في نفقة الولد إن لم يثبت أنه ملك شيئاً ، فالقول قوله مع يمينه ، ومن ادعى أن له ملكاً فعليه البينة .

وَتَسْقُطُ عَنِ الْمَوْسِرِ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ بِخِلَافِ الزَّوْجَةِ

يعني : لو كان الأب عديماً ، والولد موسراً أو العكس ، فتحميل الموسر في النفقة زماناً لم يكن له الرجوع بما تحيل على من تجب عليه نفقته لأنها مواساة تدفع لسد خلة المحتاج في وقتها ، وإذا انسدت تلك الخلة بوجه سقط الوجوب ، بخلاف نفقة الزوجة فإنها واجبة بمعنى المعاوضة ، ألا ترى أنها تجب لها ولو كانت غنية .

إِلَّا أَنْ يَفْرِضَهَا الْحَاكِمُ أَوْ يُنْفِقَ غَيْرَ مُتَبَرِّعٍ .

إلا أن يفرضها الحاكم فيرجع ولو مضى زمانها ، وكذلك أيضاً إذا أنفق غير متبرع ، فإنه يرجع بما أنفق على الابن .

وَلَا رُجُوعَ بِنَفَقَةِ الْآبَاءِ وَالْأَبْنَاءِ إِذَا أَيْسَرُوا بَعْدُ .

لأنهم لو أخذوا في الفقر بوصف الاستحقاق فكان ذلك بمنزلة ما لو أخذ الفقير من الزكاة ، ثم طرأ غناؤه ، ولأنه لو كان له الرجوع لكان المدفوع أولاً سلفاً ، والفرض خلافه .

وَلَا تَجِبُ نَفَقَةُ جَدٍّ وَلَا جَدَّةٍ وَلَا وَلَدٍ الْوَلَدِ

هذا هو المذهب .

فرع :

اللخمي : ولو كان للابن صنعة فيها فضل عن نفقته لزمته نفقة أبويه ، فإن كان له زوجة ، فللاب ما فضل عن نفقته ونفقتها ، واختلف إذا كان له ولد ، فقيل : يقسم الفاضل بينهما ، وقال ابن خوزير منداد : يبدأ بالابن .

وَتَجِبُ نَفَقَةُ مَلِكِ الْيَمِينِ ، وَإِلَّا يَبِيعَ عَلَيْهِ .

تصوره ظاهر .

فرع :

إذا تبين ضرره بعبدته في توجيعه وتكلفه من العمل ما لا يطيق وتكرر ذلك منه بيع عليه .

وسئل ابن حارث عن مملوكة اشتكت إضرار سيدها بها وضربها ، فقال : ليس بالضرب - وإن صح - بالذي يدل على الضرر ، إذ للمالك أن يؤدب مملوكه ، وهو مصدق إلا أن يظهر تعديه فيباع ، ولا يكلف مملوكه إثبات الضرب إلا أن يكون السيد مشهوراً بالشرب والتعدي ويعرف بذلك ، وثبت ذلك عليه مع أثر الضرب .

ابن زرب : وروي عن مالك في المملوكة تطلب أن تباع : ينظر في أمرها ، فإن كان ما هي فيه ضرر يبيع ، وإلا فلا ، قال : وكان بعض شيوخ بلدنا يفتون بأن تكرير الشكوى منها يوجب بيعها ، غير أن هذا إنما يكون في المجهول الحال ، وأما إن كان السيد من أهل الخير فلا يجوز بيعها إلا بثبوت الضرر .

وَكَذَلِكَ الدَّوَابُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَرْعَى .

أي : إن لم يكن مرعى فتعلف أو تباع ، كذلك أيضاً إن كان المرعى لا يكفيها ، ولا يكلف الدواب أيضاً فوق طاقتها .

وَلَا يَجُوزُ مِنْ لَبَنَها إِلَّا مَا لَا يَضُرُّ بِنَاجِها .

تصوره ظاهر .

كتاب البيوع

أتى بجمع الكثرة لتعدد الأنواع.

وحدَّ المازري البيع بأنه : نقل الملك بعوض ، وهذا يشمل الصحيح والفساد ؛ بناء على أن الفساد ينقل الملك ، قال : وإن قلنا : إنه لا ينقل لم يشمل ، لكن العرب قد تكون التسمية عندهم صحيحة ؛ لاعتقادهم أن الملك قد انتقل على حكمهم في الجاهلية وإن كان لم ينتقل على حكم الإسلام .

خليل : وإن أردت إخراج بوجه صحيح لا شك فيه فتزيد بوجه جائز .

ابن راشد : ويرد عليه أسئلة .

الأول : أن البيع علة في نقل الملك ، فنقول : انتقل الملك لمشتري الدار لأنه ابتاعها ، والعلة مغايرة للمعلول فلا يمكن حد البيع بالنقل .

ثانيها : أن النقل حقيقة في الأجسام مجاز في المعاني ، والمجاز لا يستعمل في الحدود .

ثالثها : أن الملك مجهول ؛ لأننا إن قلنا : هو التصرف انتقض لتصرف الوصي والوكيل ؛ لأنهما غير مالكين وهما يتصرفان ، وقد يوجد الملك ولا تصرف في المحجور عليه ، وقد يوجدان معا في ملك الرشيد .

وإذا كانت حقيقة الملك مجهولة ؛ فيكون عرف البيع بما هو أخفى منه ، والأقرب ما قاله ابن عبد السلام : إن حقيقة البيع معروفة لكل أحد لا تحتاج إلى حد .

وهذا الباب مما ينبغي أن يهتم به ؛ لعموم البلوى .

وقول بعض الناس : يكفي ربع العبادات ، ليس بشيء ؛ إذ لا يخلو مكلف غالبا من بيع وشراء ، فيجب أن يعرف حكم الله في ذلك قبل التلبس به .

لِلْبَيْعِ أَرْكَانٌ : الْأَوَّلُ : مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ فَتَكْفِي الْمُعَاطَاةُ ، وَبَعْضُهُ ، فَيَقُولُ : بِعْتُكَ .

اللام للاختصاص ، والركن : جزء الشيء وهو داخل في الماهية ، وذكر للبيع ثلاثة

أركان : ما يدل على الرضا ، والعاقبة - والمراد به : البائع والمشتري - والمعقود عليه .

وسياتي كل واحد منهما .

وعلى هذا فقوله : (لِلْبَيْعِ أَرْكَانٌ) فيه حذف مضاف ؛ أي : ثلاثة أركان ، أو على حذف الصفة ؛ أي : أركان ثلاثة ، وإنما كان المتعاقدان من أركان البيع ؛ لتوقف البيع عليهما . وقوله : (الْأَوَّلُ) أي : الركن الأول ما يدل على الرضى من قول ؛ كقولك : بعت ، وقول المشتري : قبلت ، أو فعل كالمعاطاة .

وقول الشافعية : لا دلالة للأفعال بالوضع فلا ينعقد بها البيع ، ليس بظاهر ؛ لأنه لا يلزم من نفي الدلالة الوضعية نفي مطلق الدلالة ؛ لبقاء الدلالة العرفية على الرضا وهو المقصود ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منهما ؛ لقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقدم هذا الركن ؛ لأنه الموجود أولاً طبعاً فوجب تقديمه وضعاً ، وتاليها السلعة .

وقوله : (وَبِعْنِي) فيقول : بعتك ، معطوف على المعاطاة ؛ أي : ويكفي قول : بعني من المشتري ؛ فيقول البائع : بعتك بعد قوله : بعني كالقبول ؛ لأنه دال على الرضا .

وَفِيهَا : لَوْ وَقَفَهَا لِلْبَيْعِ ، فَقَالَ : بِكُمْ ؟ فَقَالَ : بِمِائَةٍ ، فَقَالَ : أَخَذْتُهَا ، فَقَالَ : لَا أَرْضَى ، يَحْلِفُ مَا أَرَادَ الْبَيْعَ ...

ذكر هذه المسألة إثر الأولى لما بينهما من الارتباط ، كما فعل ابن القاسم فيها ، قال فيها : فإن قلت لرجل : بعني سلعتك بعشرة ؛ فقال : قد فعلت لا أرضى ، فقال : قال مالك فيمن وقف سلعة للسوم ، فقال : بكم هي ؟ فقال : بعشرة ، فقلت : قد رضيت ، فقال : لا أرضى أنه يحلف ما أراد البيع ، وإن لم يحلف لزمه . قال ابن القاسم : فكذلك مسألتك .

وذكر صاحب «البيان»^(١) في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : نفي اللزوم لـ «المدونة» إذا حلف .

الثاني : لما لك في «العتبية» : اللزوم .

الثالث : للأبهري : أنه إن كان ذلك قيمة السلعة وكانت تباع بمثله ، لزم البيع وإلا

(١) «البيان والتحصيل» (٢٧٥ / ٨) .

حلف ما أراد البيع ولم يلزمه .

قال : وهذا الاختلاف إنما هو في السلعة الموقوفة للبيع ، وأما إن لقي رجلٌ رجلاً في غير السوق ، فقال له : بكم عبدك هذا ، أو ثوبك هذا لشيء لم يقفه ؟ فقال : بكذا ، فقال : أخذته به ، فقال : لا أرضى إنما كنت لاعباً وشبه ذلك ، فإنه يحلف على ذلك ولا يلزمه البيع باتفاق ؛ إلا أن يتبين صدق قوله فلا يمين عليه باتفاق ، وقد ذهب بعض الناس إلى أن الخلاف في ذلك إن لم تكن السلعة موقوفة للبيع .

خليل : وعلى هذا فيتحصل في المسألة أربعة أقوال : الثلاثة الأقوال المتقدمة ، والرابع : الفرق بين أن تكون موقوفة للبيع أو لا .

قال في «البيان»^(١) : ومثل هذا المثال في الخلاف لو قال السائم : أنا أخذه بكذا ، فقال البائع : قد بعته ، فقال السائم : لا أخذه بذلك .

ابن أبي زمنين : إذا قال البائع : قد بعته بكذا أو أعطيتك بكذا ، فرضي المشتري وأبى البائع ، وقال : لم أرد البيع ، لم ينفعه ولزمه البيع ، وكذلك إذا قال المشتري : قد ابتعت منك بكذا فرضي البائع ، لم يكن للمشتري أن يرجع ، ولو قال البائع : أنا أعطيتها بكذا أو أبيعها بكذا ، فرضي المشتري ، وقال البائع : لم أرد البيع ، فذلك له ويحلف ، وكذلك لو قال المشتري : أنا اشتريتها منك أو أخذها ، فرضي البائع ورجع المشتري كان ذلك له ويحلف ، قال : فافهم هذه الوجوه ، فهي كلها مذهب ابن القاسم وطريقة فتياه .

وحاصله : التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فيلزم ؛ أو بالمضارع فيحلف ، وإتيان المصنف - رحمه الله - بمسألة المساومة بعد ؛ يعني : يحتمل الاستدلال ويكون المصنف رأى تساوي بينهما كما رآه ابن القاسم .

ويحتمل أن يكون ذكره تنبيهاً على ضعف قياس ابن القاسم كما أشار إليه بعضهم ؛ لأن دلالة اللفظ في الأولى على الرضا أقوى منه في الثانية ؛ لأنه طلب البيع بلفظ صريح في الطلب ؛ وقد أمضى له البائع ذلك بقوله : قد فعلت ، فكلامه الثاني : لا أرضى يعد ندماً فلا يقبل منه .

وأما الثانية : فيحتمل أنه أوقفها ليعلم ما تساوي ولا يبيعها ، أو ليعلم ما تساوي ثم

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٧٥) .

بيعها لآخر طلبها منه .

وقول السائل : (بِكَمْ) هو يحتمل أن يريد : بكم اشتريتها أو بكم تبيعها ، فإذا قال له السائل : قد رضىتها ، فلا بد من جواب البائع ، لكن لما كان كلامه الأول محتملاً حلفه مالك لرفع الاحتمال ، ولعل مالكا لو سئل عن الأولى ما قبل فيها من المشتري يمينا .

ولهذا الذي أشرنا إليه من أن اللزوم في (بِعْنِي) أقوى ، ذكر صاحب «البيان»^(١) بعد أن ذكر الخلاف المتقدم في قوله : بكم ، أنه اختلف إذا قال المشتري : بعني بكذا ، فلما أراد البائع أن يلزمه ذلك أبى ؛ أو قال البائع : خذها بكذا ، فلما أراد المشتري أن يأخذها أبى ، فقيل : إن ذلك كالمساومة ، يدخل في ذلك الاختلاف المذكور ، وهو الذي يأتي على ما في «المدونة» ؛ لأنه ساوى بينهما ، وقيل : إن قول المشتري : بعني ، بمنزلة قوله : اشترت ، وأشترتها بكذا ، بمنزلة قوله : قد بعته ، يلزم ذلك كل واحد منهما إذا أجابه صاحبه بالقبول ؛ وإلا مضى في المجلس قبل التفرق ، وهو قول ابن القاسم ، وعيسى بن دينار في «كتاب ابن مزين» .

فإن قيل : فما الفرق على المشهور في هذه المسألة بينها وبين النكاح فإنه لازم ؟

قيل : قد تقدم الفرق في بابه ، والله أعلم .

ابن راشد : فرع : إذا تراخى القبول عن الإيجاب ، فهل يفسد البيع أم لا ؟ أشار ابن العربي في «قبسه»^(٢) إلى الخلاف في ذلك ، ثم قال : والمختار جواز تأخير ما تأخر .

وفي «شرح الجلاب»^(٣) المنسوب بإفريقية للشارمساحي ما يدل على اعتبار القرب ، قال فيه : وإذا نادى السمسار على السلعة فأعطى فيها تاجر ثمناً لم يرض به البائع ، ثم لم يزده أحد على ذلك ، فإنها تلزمه بذلك الثمن إلا أن تطول غيبته .

وفي «المقدمات»^(٤) : الذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من

المتبايعين إن أجابه صاحبه بالقبول في المجلس ، لم يكن له أن يرجع .

(١) «البيان والتحصيل» (٢٧٥/٨) .

(٢) «القبس» (١٨٣/٣) .

(٣) «التفريع» (١٥٣/١) .

(٤) «المقدمات» (٩٨/٢) .

ومقتضى ذلك : أنه إن لم يجب في المجلس أنه لا يلزمه .

والظاهر ما قاله ابن العربي ، بدليل أن المحجور عليه إذا باع من ماله أن لوليه الإجازة ، وإن طال الأمر ولم يحصل غير الإيجاب من المحجور مع قبول المبتاع ؛ وإيجاب المحجور كالعدم .

وكذلك بيع الفضولي ؛ يقف القبول على ربه على المشهور ؛ وإن طال ، ويمكن أن يقال : حصل الإيجاب والقبول ، ونظر الوصي والمالك أمر جرت إليه الأحكام . انتهى كلام ابن راشد .

الثاني : العاقد ، وشرطه : التمييز ، وقيل : إلا السكران .

أي : الركن الثاني : العاقد ، ويعني به : البائع والمشتري . وشرطه التمييز ؛ أي : شرط صحة بيع العاقد وشرائه أن يكون مميزاً ، فلا ينعقد بيع غير المميز ولا شراؤه لصغير ، أو جنون ، أو إغماء ، أو سكر ، ولا إشكال في الصبي ، والمجنون ، والمغمى عليه .

وأما السكران فهو مقتضى ما ذكره ابن شعبان وغيره ، فإنه قال : ومن الغرر بيع السكران وابتاعه إذا كان سكره متيقناً ، ويحلف بالله مع ذلك ما عقل حين فعل ، ثم لا يجوز ذلك عليه ، وظاهره أنه لا ينعقد ؛ لأنه جعله من الغرر .

والذي ذكره صاحب «البيان»^(١) ، وصاحب «الإكمال»^(٢) : أن مذهب مالك وعامة أصحابه : أنه لا تلزمه عقوده ، حتى تأول ابن رشد قول مالك في «العتبية»^(٣) في نكاحه : لا أراه جائزاً ، على أن معناه : لا أراه لازماً لا أنه فاسد .

وقال في موضع آخر : لا يقال في بيع السكران بيع فاسد ، وأن مذهب مالك : أنه غير منعقد ؛ وإنما يقال : إنه غير لازم ، وإنما لم يصح بيع السكران أو لم يلزمه ؛ لأننا لو فتحنا هذا الباب مع شدة حرص الناس على أخذ ما بيده وكثرة وقوع البيع ، لأدى إلى أن لا يبقى له شيء ، بخلاف طلاقه وقتله وغير ذلك مما يتعلق به الحق لغيره ، فإننا لو اعتبره لتساكر الناس ليتلفوا أموال الناس وأرواحهم .

(١) «البيان والتحصيل» (٢٥٧/٤) .

(٢) «الإكمال» (١٢٩/٥) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٢٥٩/٤) .

والشاذ لابن نافع : يلزم بيعه كطلاقه ، قال في «الجواهر»^(١) : والجمهور على خلافه ، وإليه أشار بقوله : (وَقِيلَ : إِلَّا السَّكَرَانُ) أي : وقيل : يشترط التمييز ، إلا أن يكون العاقد سكراناً فلا يشترط فيه التمييز .

وجعل المصنف الخلاف في السكران الذي لا يميز ، وكذلك ذكر ابن شعبان والقاضي عياض ، وعليه فلا خلاف في لزوم البيع لغير الطافح ، وطريقة ابن رشد بالعكس ، وقد تقدم ذلك في الطلاق .

وَالتَّكْلِيفُ شَرْطُ اللَّزُومِ .

يعني : شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف ؛ وأما لو صدر من صبي فلوليه إمضاءه ورده ، ولا يلزم كل مكلف ؛ إذ قد يقوم به مانع كالفقه وغيره ممن حجب عليه ، هذا هو الظاهر هنا .

وقال ابن راشد : عبر بالتكليف عن الرشد والطوع ؛ لأن السفیه لا يلزمه بل لوليه أن يفسخه ، وكذلك من أجبر على البيع لا يلزمه البيع ؛ أعني : إذا أجبر جبراً حراماً .

ابن سحنون : وأجمع أصحابنا على أن بيع المكره غير لازم .

واحتزنا بقولنا : جبراً حراماً ، عن المجبر جبراً شريعياً ؛ كجبر القاضي المديان على البيع للغرماء ، وجبر العمال على بيع أموالهم ، فإنه جائز ويلزمه البيع ، سواء كان السلطان يرد المال على من كان أخذه منه أو يأخذه لنفسه ، كالمضغوط في دين لزمه ؛ لأن إغرام الوالي العمال ما أخذه من الناس حق فعله الوالي وعليه أن يرده إلى أهله ؛ فإذا حبسه فهو ظالم في حبسه ، نقله ابن حبيب عن مطرف ، وابن عبد الحكم ، وأصبغ .

خليل : وما ذكره من أن المكره غير مكلف صحيح ؛ لأن أهل الأصول نصوا على أن الإكراه الملجئ يمنع التكليف ، وأما السفیه فلقائل أن يقول : لا نسلم أنه ليس مكلفاً بالبيع ، فإن قيل : لو كان مكلفاً به لزمه البيع ، قيل : يحتمل ، ولو قلنا : إنه مكلف بالبيع أن لا نقول بإمضائه للحجر عليه فتأمله .

ولا إشكال في عدم لزوم البيع لمن أجبر جبراً حراماً ، فقد نص ابن القاسم على أن الذي يضبط في الخراج فيبيع متاعه ، أنه يرد متاعه بلا ثمن إذا كان يبيعه إياه على عذاب ؛

أو ما أشبه ذلك من الشدة ، قال : لأن أخذ الثمن على ذلك ليس بأخذ .

ابن راشد : وسئل اللخمي عن شاب مراهق أو بالغ نسب إليه أنه جنى جناية فسجنه السلطان وهو يتيم كفله بعض أقاربه ، فكفله السلطان أن يغرم مالا ويخرجه من السجن ، فلم يقدر اليتيم على الخلاص من هذا المال بوجه ، فباع شيئاً من رباعه بعد خروجه من السجن ليؤدي من ثمنه ذلك المال ، وكان هذا الفعل على وجه النظر له ؛ لأنه يبقى عليه لو لم يجب إلى غرم بعض ذلك المال أن ينفيه من البلد ، أو يأخذ بعض رباعه فيه ، أو يأخذها كلها ، أو لا يخرجه من البلد وإنما يسجنه بالضرب والعذاب ، فقال : إذا كان الأمر على ما وصفت فبيع ماض ، ويغلب على ظني أنني رأيت للسيوري نحو ذلك ، وقال : المشتري من المضغوط مأجور ؛ لأنه يخلصه من العذاب .

ابن رشد^(١) : والمذهب على خلاف ذلك ، فقد تقدم قول ابن القاسم في ذلك .

وقال مطرف : سمعت مالكا يقول ، في أهل الذمة يضغطون فيما يعتدى عليهم في جزيتهم حتى يلجؤوا إلى بيع متاعهم في ذلك : لا يجوز عليهم ؛ وهم أولى بما باعوه أن يأخذوه بلا ثمن ويتبع المشتري بالثمن ذلك الظالم .

مطرف : وكذلك في بيع المسلم المضغوط ؛ لأنه أعظم حرمة ولأنه بيع إكراه ؛ والمكره لا يلزمه بيع ما أكره عليه .

ابن حبيب : وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ ؛ وقالوا : هو قول ابن القاسم وروايته عن مالك .

مطرف : وسواء دفع المبتاع الثمن للمضغوط ودفعه المضغوط إلى الظالم الذي يضغطه وقبضه الظالم من المبتاع ، فللبائع أخذ متاعه إذا ظفر به بيد مبتاعه منه ؛ أو بيد من ابتاعه منه ، ويرجع به على من ابتاعه منه ويرجع هو على الظالم ، قال : ولو قبضه منه وكيل الظالم فللمبتاع أن يرجع على الوكيل إن شاء ، أو على الظالم إذا ثبت أنه أدى المال إليه ، أو ثبت أنه أوصى الوكيل بقبضه ، وكلاهما ضامن ما خرج به ، ولو وجد المضغوط متاعه قد فات ، فله الرجوع بقيمته أو بثمنه الذي بيع به إن كان الثمن أكثر ، إن شاء على الوكيل ، وإن شاء على الموكل ، وقال ابن عبد الحكم ، وأصبغ مثل ذلك .

(١) «البيان والتحصيل» (٩/ ٣٣٥) .

مطرف : ولا قول للوكيل إن قال : كنت مكرهاً على القبض وخفت منه على نفسي إن لم أفعل ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق »^(١) .

ولو باع متاعه في مظلمة ثم لا يدري هل وصل ذلك الثمن إلى الظالم أم لا ؟ نظر ، فإن كان ظلمه له وعداه عليه وقهره له معلوماً حين باع متاعه ، فيحمل على أن الثمن وصل للظالم حتى يتحقق أن المضغوط صرفه في مصالحه ، فلا يصل حينئذ إلى أخذ متاعه إلا بدفع الثمن ، وسواء علم المتباع بأن ما اشتراه للمضغوط أو لم يعلم .

قيل لمطرف : إنهم يخرجون عندنا بغير كبل فيطوفون لبيع متاعهم ، فإذا أمسوا ردوا إلى السجن ، وقد وكل بهم حراس أو أخذ عليهم حميل والمشتري لا يعلم ذلك أو يعلم ، ومنهم من هو في كبل أو عذاب ، ومنهم هارب قد أخذ متاعه فباع أو قد أمر بعض أهله ببيعه .

قال : كل ذلك سواء وهو إكراه ؛ لأنه أسير مغلوب فلا يبالي بعلم المتباع أو جهله إلا أن من علم مأثوم ، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ ، قالوا : وسواء كان عنده عين فتركها وباع خشية أن يزداد عليه أو لم تكن .

مطرف : ومن كان عالماً بحال المضغوط فاشترى شيئاً من متاعه فهو ضامن كالغاصب ، وأما من لم يعلم فيشتري في السوق فلا يضمن الدور والحيوان ويضمن ما انتفع به بأكل أو لبس والغلة له ، وأما العالم فلا غلة فيه وهو لها ضامن .

قال : وكل ما أحدث المتباع فيه من عتق أو تدبير فلا يلزم المضغوط ، وله أخذ رقيقه من المتباع سواء علم بحاله أو لم يعلم ، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ .

ولو أعطى المضغوط حميلاً فتغيب فأخذ المال من الحميل لم يرجع الحميل عليه بشيء ، ولو أخذ ما أضغط به من رجل سلفاً ، فقال أصبغ : يرجع عليه بما أسلفه ؛ لأن السلف معروف ، قال فضل بن سلمة : وعلى أصلها فيرجع الحميل ؛ لأن الحملالة معروف ، ولو باع ولد المضغوط أو زوجته متاع نفسه برسم فدائه فالبيع لازم ؛ لأن هؤلاء الناس لم يضغظوا ، ولو لم يبيعوا متاعهم لم يطلبوا ، قاله مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ .

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (١٨ / ١٧٠) حديث (٣٨١) ، والقضاعي في مسند الشهاب

(٨٧٣) من حديث عمران بن حصين - رضي الله عنه - .

وصححه الألباني - رحمه الله - .

حكى جميع ذلك ابن أبي زيد في «نواده» ما عدا ما ذكرناه عن اللخمي والسيوري انتهى كلام ابن راشد .

وَالْإِسْلَامُ : شَرْطُ الْمُصْحَفِ وَالْمُسْلِمِ فِيهَا : يَصِحُّ ، وَيُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهِ .

في هذا الكلام حذف مضافين ؛ أي : شرط جواز شراء المصحف والمسلم ؛ وهذا متفق عليه ، فليس الذي في «المدونة» خلافاً .

ويحتمل أن يكون التقدير : شرط صحة شراء المصحف والمسلم ؛ ويدل عليه مقابله له بما في «المدونة» . ويكون المصنف قدم الأول ؛ إما لأنه قول سحنون وأكثر أصحاب مالك ، وإما لأصحيته بحسب الدليل ، قال الله تعالى : «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً» [النساء : ١٤١] وهو في معنى النهي ؛ والمذهب أن النهي يدل على الفساد ، والاحتمال الثاني أقرب إلى لفظه .

ويرجح الأول : بأن الغالب أن المصنف لا يرجح غير ما في «المدونة» .

وصرح المازري بمشهورية ما في «المدونة» ؛ لأن الفساد يتدفع ببيعه ، والشاذ لمالك في «الواضحة» ؛ قال : ويعاقبان ، وينبغي أيضاً على مذهب «المدونة» أن يعاقب .

اللخمي : وأصل سحنون في كل بيع حرام أن البيع غير منعقد ، وهو بعد القبض على ملك البائع .

ووقع لمالك في «مختصر ما ليس في المختصر» مثل ما تقدم له في «الواضحة» : أنه يفسخ لو باعه لمسلم وتداولته الأيدي وترادون الأثمان ، فإن هلك عند النصراني ولم يبعه كانت عليه القيمة .

اللخمي : ومحمل قوله في رد البياعات أن ذلك عقوبة لثلاث يعود لمثل ذلك ، ولو كان البيع عنده لا ينعقد كما قال سحنون : لم يضمن قيمته .

ورده ابن عبد السلام : بأنه لا مانع من عدم انعقاده مع تعلق الضمان بمشتريه إذا قبضه ؛ لأنه قبضه لحق نفسه قبضاً غير شرعي .

وقيد ابن رشد الخلاف : بأن يكون البائع عالماً بأن المشتري نصراني ، قال : ولو باعه من نصراني وهو يظنه مسلماً لبيع عليه ولم يفسخ اتفاقاً .

وعورض مذهب «المدونة» هنا بما في كتاب المديان فيمن له دين على رجل فباعه من

عدوه المديان أنه يفسخ، ولم يقل : يباع على مشتريه، والجامع انتقال الملك إلى العدو في المحليين .

وأجيب : بأن الدين يتعذر بيعه غالباً بخلاف المسلم والمصحف ، ويلحق بالمسلم والمصحف بيع آلة الحرب للحربي ؛ وبيع الدار لمن يتخذها كنيسة ، والخشبة لمن يجعلها صلياً ، ونحو ذلك ، والإسلام شرط مختص بالمشتري اتفاقاً دون البائع .

وَلَهُ الْعَتَقُ وَالصَّدَقَةُ وَالْهَبَةُ .

وإذا قلنا بمذهب «المدونة» : أو أسلم العبد ؛ فالغرض خروجه عن ملكه ، فله أن يعتقه ويتصدق به ويهبه . وظاهره لو كانت الهبة لمن يعتصر منه ؛ كما لو وهبت النصرانية المسلم لولدها الصغير من زوج مسلم ، وهو قول ابن الكاتب ، وأبي بكر بن عبد الرحمن خلافاً لابن شاس .

المازري : بناء على أن من ملك أن يملك ، هل يعد مالكا أم لا ؟ واختار ابن يونس الجواز ، واحتج المانع بما في «المدونة» فيمن ملك أختين فوطئ إحداهما لا يحل له وطء الأخرى حتى يحرم الأولى ؛ ولا تكفيه هبتها لولده الصغير ؛ لقدرته على الاعتصار .

وأجاب ابن يونس : بأن مالك الأختين مسلم فجاز له الاعتصار ، بخلاف النصرانية لا يجوز لها أن تعتصر العبد المسلم ، كما لا يجوز لها أن تشتريه ، قال : فإن وقع الاعتصار منها بيع عليها . ويجب على قول غير ابن القاسم أن ينقض اعتصارها .

فروع :

لو وهب النصراني العبد المسلم للشواب فلم يثبه فله أخذه لبيع عليه ، فإن وهب مسلم أو نصراني عبداً مسلماً لنصراني أو تصدق به عليه ، جاز ذلك وبيع عليه والثلث له .
بِخِلَافِ الرَّهْنِ وَيَأْتِي بِرَهْنٍ ثَقَّةً ، وَقِيلَ : بَلْ يُعَجَّلُ .

أي : أن العبد المشتري على مذهب «المدونة» ، وكذلك العبد إذا أسلم ليس للسيد الكافر رهنه لكونه باقياً على ملكه ، وحذف المعطوف عليه ؛ أي : فيباع العبد ويأتي برهن ثقة ، وحذف الشرط ؛ أي : إن أراد الكافر أخذ الثمن ، وإلا فلو عجله في الدين لكان له ذلك ، وهذا هو مذهب «المدونة» .

وقيده بعض القرويين بما إذا انعقد البيع على رهن مطلق ، وأما إن رهنه هذا العبد

بعينه لبيع عليه وحل حقه ولم يكن له أن يأتي فرهن آخر .

ابن يونس : وعاب بعض أصحابنا هذا القول وهو جيد .

وقيل : بل يعجل الثمن للمرتهن ، وإن أتى الراهن برهن ثقة ، ونسبه اللخمي ، وابن شاس ، وابن راشد لسحنون .

وحكى ابن يونس عن سحنون : أن ثمن العبد يبقى تحت يد المرتهن ولا يعجل له ولا يلزمه قبول رهن آخر ؛ لأنه قد تحول أسواقه عند الأجل .

وعورض قول ابن القاسم هنا : أنه لا يلزمه تعجيل الثمن ، بقوله فيمن أعتق العبد الرهن أنه يعجل الثمن ، وإنما يأتي على قول عبد الملك : إن له أن يأتي برهن آخر .

وأجاب ابن محرز : بأن المرتهن كان عالماً بإسلام العبد فرهنه على ذلك فكان النصراني متعدياً في رهنه لحق العبد دون حق المرتهن ، فلذلك كان له أن يأتي برهن آخر ، بخلاف الراهن يعتق الرهن فإنه تعدى على المرتهن .

خليل : ولو قيل : إذا ارتهنه منه مسلم وهو عالم بإسلام العبد بطل الرهن لكان له وجه ؛ لأنه دخل على رهن لا يجوز .

وجعل اللخمي محل الخلاف إذا كان الإسلام قبل الرهن ، وأما إن أسلم بعد الرهن لم يعجل ثمنه إذا أتى برهن مكانه .

وَفِي رَدِّهِ عَلَيْهِ بَعِيبٌ أَوْ الْأَرْضِ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ فَسَخَ أَوْ ابْتَدَأَ...

أي : وفي رد العبد المسلم على الكافر بسبب عيب كان في ملكه أو تعيين الأرض قولان ، والمبنى الذي ذكره ظاهر ، فإن قلنا : أنه فسخ جاز رده ، وهو قول ابن القاسم ، والقول الآخر لأشهب وابن الماجشون ، واختاره ابن حبيب .

وَلَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِبَائِعٍ مُسْلِمٍ فَفِي مَنَعِ إِمْضَائِهِ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ ابْتَدَأَ أَوْ تَقَرَّرَ...

أي : لو باع مسلم عبداً كافراً لكافراً على أن الخيار للبائع ، ثم أسلم العبد في مدة الخيار فهل يمنع المسلم من إمضاء البيع أو لا ؟ قولان ؛ منشأهما هل بيع الخيار منحل

فيمنع؛ لأنه كابتداء بيع ، أو منبرم فيجوز ؟

والظاهر : المنع ؛ لأن المعروف من المذهب انحلاله ، والظاهر المنع إن قلنا : إنه منبرم ، إذ لا فرق بين ما بيد المسلم ورفع تقريره ، وبين ابتداء بيعه بجامع تملك الكافر للمسلم في الوجهين .

وظاهره : أن القولين منصوصان ، وإنما ذكرهما المازري تخريجاً على الخلاف في بيع الخيار .

وقوله : (لِبَائِعٍ) منون ، و(مُسْلِمٍ) صفة له ، ولا يجوز أن يقرأ بائع مسلم بالإضافة؛ لأنه يقتضي أن العبد مسلم ويبقى البائع أعم ، وليس كذلك .

وتقييده الخيار بالبائع يقتضي أن الحكم بخلاف ذلك إذا كان الخيار للمشتري ، كما لو باع النصراني عبداً للنصراني على أن الخيار للمشتري فأسلم العبد ؛ فإن كان المشتري نصرانياً استعجل استعلام ما عنده من رد أو إمضاء ولم يمهل إلى تمام مدة الخيار ؛ لثلا يدوم ملك الكافر للمسلم ، وإن كان المشتري مسلماً .

المازري : فظاهر «المدونة» أن المشتري يمهل إلى انقضاء أيام الخيار ، لتعلق حقه بالتأخير وهو مسلم ؛ ولا يبطله حق مسلم آخر ، وهو العبد الذي أسلم . انتهى .

أي : فإن رده بيع على ربه .

وفي ابن يونس : عن بعض أصحابنا : إن كان المتبايعان كافرين والخيار إلى أجل تعجل ، إذ لا بد من بيعه فلا فائدة في تركه إلى الأجل ، وإن كان أحدهما مسلماً لم يعجل الخيار ، إذ قد يصير للمسلم منهما .

فرع : إذا أسلم العبد وسيده غائب وهو كافر ، فإن كان بعيد الغيبة باعه السلطان ، وإن كان قريب الغيبة كتب إليه ؛ لثلا يكون قد أسلم قبله ، قاله في «المدونة» .

فرع : قال المازري : وإذا أسلم عبد النصراني وجب بيعه عليه من مسلم ولا يؤخر إلا بحسب الإمكان ، وهل يجوز له أن يبيعه على الخيار له ؟

فيه نظر ؛ لأن المبيع على الخيار على ملك البائع وخراجه له ، أو يقال : قد يحتاج إلى إثبات الخيار للاستقصاء في الثمن ، والعدول عن ذلك تضيق على الذمي ، ولا يدفع ضرر بإثبات ضرر .

وَفِيهَا : الصَّغِيرُ كَالْمُسْلِمِ ، وَقِيلَ : لَا .

ظاهر هذا الكلام يقتضي أن الصغير الكافر لا يباع إلا من مسلم ، وأنه إن بيع من كافر أجبر على بيعه ، هذا هو حقيقة التشبيه والذي في «المدونة» .

قال ابن نافع عن مالك في المجوس : إذا مُلِكُوا أُجْبِرُوا عَلَى الْإِسْلَامِ ، وَيَمْنَعُ النَّصَارَى مِنْ شُرَائِهِمْ وَمِنْ شِرَاءِ صِغَارِ الْكُتَّابِيِّينَ ، وَلَا يَمْنَعُونَ مِنْ كِبَارِ الْكُتَّابِيِّينَ ، فَلَمْ يَتَعَرَّضْ إِلَّا لِلْمَنْعِ ابْتِدَاءً ، وَأَمَّا إِذَا وَقَعَ فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهِ ؟ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ ؛ وَلِهَذَا قَالَ فِي «الْجَوَاهِرِ»^(١) : لَمْ نَقْلُ عَنْ «الْمَدُونَةِ» مَنَعَ الْبَيْعِ ، قَالَ فِي «الْعَتَبِيَّةِ» : فَإِنْ بَاعَ مِنْهُ فَسُخِ الْبَيْعُ . قَالَ الْإِمَامُ : وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ عَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ أَنَّهُ يُبَاعُ ، فَجَعَلَ فَسْخَ الْبَيْعِ وَصَحَّتْهُ وَالْجَبْرُ عَلَى الْبَيْعِ مَفْرَعًا عَلَى مَا فِي «الْمَدُونَةِ» .

قال في «تهذيب الطالب» : قال مالك : وإذا بيع من النصارى من يجبر على الإسلام بيع عليهم ما اشتروا ، إلا أن يتدينوا بدينهم فيتركون ، عبد الحق : يعني مثل المجوس . وتأول صاحب «التنبيهات» ما في «المدونة» من بيع الصغار الذين لا آباء لهم ؛ لأنهم إذا لم يكن لهم آباء فهم على دين من اشتراهم ، فإذا اشتراهم مسلم لا ينبغي له أن يبيعهم من كافر ، سواء وافق الصغير المشتري في الدين أو خالفه .

قال : وعلى هذا تأول المسألة بعض مشايخنا ، وتأولها بعضهم على الصغار الذين ليسوا على دين مشتريهم ، كصغار اليهود مع النصارى أو العكس ؛ للعداوة التي بينهم ، قال : وهو بعيد لتفريقه بين الصغار والكبار .

وقوله : (وَقِيلَ : لَا) ، هو قول ابن المواز ، قال : لأننا لسنا على يقين من قبوله الإسلام . وقوله في «المدونة»^(٢) : وَلَا يَمْنَعُونَ مِنْ كِبَارِهِمْ ، قال في «الجواهر»^(٣) : بشرط أن يسكن به في أرض الإسلام ، وأما إن كان يخرج به منع ، لما يخشى من إطلاعه أهل الكفر على عورة المسلمين .

وَفِي الْيَهُودِيِّ مَعَ النَّصْرَانِيِّ قَوْلَانِ .

(١) «الجواهر» (٣٣١/٢) .

(٢) «المدونة» (٩٨/٣) .

(٣) «الجواهر» (٣٣١/٢) .

أي : وفي حكم اليهودي مع النصراني يباع أحدهما من الآخر قولان :

أحدهما : أن ذلك جائز ؛ لأن المالك يشفق على ملكه وليس فيه حق لله تعالى ، وإن أداه أمكن تدارك حقه بالمنع أو البيع .

والثاني : عدم الجواز لما بينهما من العداوة .

والأول حكاه سحنون عن بعض أصحاب مالك ، وهو ظاهر قول مالك من رواية ابن نافع عنه في «المدونة» ، وقد تقدمت ، ونسبه للخمي ، والمازري ، وابن شاس^(١) لابن المواز .

والثاني لابن وهب ، وسحنون .

للخمي : وهو أحسن ؛ للعداوة التي بينهم .

وَفِي الْكِتَابِيِّ يَشْتَرِي غَيْرَهُ ، ثَالِثُهَا : يُمْنَعُ فِي الصَّغِيرِ ، وَخَرَجَتْ عَلَى إِجْبَارِهِمْ .

يعني : أنه اختلف في جواز بيع المجوسي وغيره ممن لا كتاب لهم من كتابي على ثلاثة أقوال ، وهكذا حكى المازري الثلاثة : الجواز مطلقاً ، قال وهو ظاهر «المدونة» ، قال : وفيها ما علمته حراماً وغيره أحسن ، قال : وأطلق الجواب في الصغير والكبير . والمنع مطلقاً : وعزاه لابن عبد الحكم .

والثالث : الفرق ، الجواز في الكبار والمنع في الصغار ، وعزاه للعتبية^(٢) .

وقيد صاحب «البيان»^(٣) هذا الخلاف بالمجوسي المسي الذي لا بصيرة له في دينه ، وأما الذي ثبت على دينه بين ظهرائي المسلمين ؛ فلا خلاف أنه يجبر على الإسلام . وقوله : (وَخَرَجَتْ) هذا التخريج للمازري ، وهو تخريج توجيه ؛ لأن الثلاثة منصوطة على ما تقدم ؛ أي : فعلى القول بإجبارهم مطلقاً يمنع من بيعهم للكفار مطلقاً ، وتصوره واضح .

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٣١) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٦/ ٤٣٨) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٦/ ٤٣٨) .

وذكر صاحب «البيان» (١) في باب الجنائز أنه لا خلاف في جبر الصغير من المجوس ، وقد قدمنا كلامه في باب الجنائز ، وهو يخالف ما ذكره المازري والمصنف من حكايتهما الخلاف مطلقاً ، ويمكن أن يحمل كلام المازري على ما إذا كان مع الصغير أبوه ، وكلام ابن رشد على ما إذا لم يكن فيتفق الكلامان ، وفسر المازري واللخمي الإيجاب هنا بالتهديد والضرب لا بالقتل ، المازري : لأنه لم يتدين بدين الإسلام ثم ارتد عنه .

الثالث : المَعْقُودُ عَلَيْهِ طَاهِرٌ مُتَّعٌ بِهِ مَقْدُورٌ عَلَى تَسْلِيمِهِ مَعْلُومٌ .

أي : الركن الثالث : المعقود عليه ؛ وهو الثمن والمثمن ، وشرط فيه أربعة شروط واحترز بكل شرط عما يقابله ، فاحترز بالطاهر من النجس ، ولا يريد العموم في كل نجس بل ما نجاسته ذاتية أو كالذاتية ، وأما إن كانت نجاسته عرضية فلا خلاف في عدم اعتبارها .

ثم أخذ - رحمه الله - يتكلم على الأول منها فالأول ، فقال :

وَفِيهَا : مَنَعَ بَيْعُ الْعَذْرَةِ ، وَرَدَّ ابْنُ الْقَاسِمِ مَنَعَ الزُّبْلِ مُخْرَجًا .

هذا ما يتعلق بقوله (طاهر) . وظاهر ما نسب له «المدونة» التحريم كابن شاس ، والذي فيها : وكره مالك بيع العذرة ، قيل لابن القاسم : فما قول مالك في زبل الدواب ؟ قال : لم أسمع منه فيه شيئاً إلا أنه عنده نجس ، وإنما كره العذرة لأنها نجسة فكذلك الزبل أيضاً ، ولا أرى أن يبيعه بأساً ، قال أشهب في زبل الدواب : والمبتاع أعذر من البائع ، فانظر كيف عبر بالكراهة في موضعين ، نعم عبر أبو عمران وعياض عن مالك بـ (لا يجوز) وهو موافق للمصنف ، ولعل الذي حملهم على ذلك التعليل بالنجاسة .

ونقل اللخمي عن أشهب في تمام كلامه الذي في «المدونة» : وأما العذرة فلا خير فيها ، ونقل عنه أيضاً أنه قال في «الموازية» : يبيعها للاضطراب والعذر جائز والمشتري أعذرهما .

وقال محمد بن عبد الحكم : وما عذر الله واحد منهما وأمرهما في الإثم واحد .

ويجوز أن يبيع العذرة ، قاله ابن الماجشون ، وأجرى اللخمي قولاً لابن القاسم بجواز بيع العذرة من إجازته بيع الزبل .

وأنكر ذلك عليه ابن بشير وزعم أنه تخريج في الأصول من الفروع ، وهو عكس القواعد .

وما قاله اللخمي هو الظاهر ؛ لأنه لا مانع لبيع كل منهما غير النجاسة ، وإذا سلم اتحاد العلة وجب وجود الحكم معها حيث وجدت .

وما فرق به أبو عمران من أن نجاسة الزبل مختلف فيها ونجاسة العذرة متفق عليها ، مبني على مراعاة الخلاف والأصل عدمه ، وهذا القدر لا يوجب تخطئة الأئمة على أن هذا الفرق لا ينهض عند ابن القاسم ؛ لأنه لو نهض عنده لما ألزمه مالكاً منع بيع الزبل بالقياس على العذرة .

وَالزَّيْتُ النَّجِسُ يُمْنَعُ فِي الْأَكْثَرِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا يَطْهَرُ ، وَفِي وَقُودِهِ فِي غَيْرِ الْمَسْجِدِ وَعَمَلِهِ صَابُوناً قَوْلَانِ ...

قول الأكثر مبني على عدم تطهيره ، وصرح المازري بمشهوريته ، ومقابله رواية وقعت لمالك وبها كان يفتي ابن اللباد .

وفيه قول ثالث بجواز البيع لغير المسلم ، وهو ضعيف ؛ لأن المسلم لا يبيع ما لا يحل له ، وقد تقدم هذا الفرع في باب الطهارة .

والمشهور : أنه يستصبح به في غير المساجد ويعمل صابوناً ، لكن تطهر الثياب بعد ذلك بالمطلق ، ودل كلامه على منعه في المسجد اتفاقاً .

وَعِظَامُ الْمَيِّتَةِ ، نَالِثُهَا : يَجُوزُ فِي نَابِ الْفِيلِ .

الخلاف مبني على الخلاف في الطهارة ، والمشهور : أنه نجس فلا يباع .

والثاني : لابن وهب ؛ لأنه هو القائل بالطهارة .

والثالث : نسه في «الجواهر»^(١) لمطرف وابن الماجشون ، ولا فرق عندهما بين أن

يغلي أو لا ؟

اللخمي : وناب الفيل كالقرن يجري ما في القرن فيه ، قال : وهو قرن منعكس وليست بأنياب ولا في الفم ، وأجرى الخلاف الذي في أطراف القرون في الظفر إذا قطع من موضع لا يآلم .

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٣٥) .

وللأبهري قول رابع : بالكراهة .

ولابن وهب خامس : بالجواز إذا غليت ، والمنع إذا لم تغل .

فائدة : منع مالك في «العتية»^(١) الخبز المخبوز بروت الحمير ، ونصها : وسألته عن الطعام يوقد تحته بأرواث الحمير أيؤكل أم لا ؟ فقال لي : أما الخبز الذي ينضج فيه فلا يؤكل ، وأما ما طبخ في القدور فأكله خفيف وهو يكره بدءاً ، وقال سحنون مثله .

وعلل ذلك في «البيان» بأن ما في القدور لا يصل إليه من عين النجاسة شيء من أجل الحائل الذي بينه وبينه وإنما يكره من أجل دخان الروث ؛ لما في ذلك من الشبهة من أجل من يقول : إن الدخان نجس وإن لم يكن عندنا نجس .

ابن القاسم : ولا أرى أن يوقد بعظام الميتة في الحمامات ، ولا أرى به بأساً أن يخلص بها الفضة .

وقال في «المدونة»^(٢) : لا يطبخ بعظام الميتة أو يسخن بها الماء لوضوء أو عجين ، ولا بأس أن يوقد بها على طوب أو حجارة .

عياض : وظاهره جواز الانتفاع بعظام الميتة ، بخلاف ما في «الموازية» أنه لا يحمل الميتة إلى كلابه .

وقيل : لعله تكلم بعد الوقوع لا في الجواز ابتداء .

وقيل : لعله وجدها مجتمعة وأطلق النار فيها ، فكانت كسوق الكلاب للميتة ، وهو بعيد ؛ لأن طبخ الجير لا يتصور إلا بترتيب وعمل ، وظاهر المسألة استعمال الطوب والجير في كل شيء ؛ لأنه وإن باشر النجاسة أو داخله من رطوبتها شيء فقد أذهبت النار عينها وأثرها ، وكذلك ما طبخ من الفخار بها ، بخلاف ما ينعكس فيه دخانه من الطعام ، أو يلاقيه من رطوبة الشواء والخبز ، وإن كان أبو جعفر الأبهري حكى عن مالك في الفخار يطبخ بالنجاسة : أنه لا يجوز استعماله وإن غسل ، وهو قول القاسبي وغيره .

وقال ابن شبلون : لا تستعمل إلا بعد غسلها وتغلية الماء فيها كقدور المجوس وهو الصواب عندي ، بل هي أخف ؛ لأن الدهنية التي دخلت قدور المجوس باقية بخلافها

(١) «البيان والتحصيل» (١/٩٥) .

(٢) «المدونة» (٣/٩٩) .

هنا؛ لأن الدهنية قد أكلتها النار فلم يبق لها عين ولا أثر . انتهى بمعناه .

وقال شيخنا - رحمه الله - : ينبغي أن يرخص في الخبز بالزبل في زماننا بمصر ؛ لعموم البلوى به ، وأن يراعى فيه قول من رأى أن النار تطهر ، وأن النجاسة إذا صارت رماداً طهرت ، ولنا قول بطهارة زبل الخيل ، وقول بكرأته منها ومن البغال والحمير ، فيخف الأمر مع مراعاة هذا الخلاف ، وإلا فيتعذر على الناس أمر معيشتهم غالباً ، والحمد لله على خلاف العلماء فإنه رحمة للناس .

وَفِيهَا : مَنَعُ جُلُودِ الْمَيْتَةِ وَإِنْ دَبِغَ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ ، وَفِيهَا : جَوَازُ جِلْدِ السَّبْعِ الْمَذْكُورِ وَإِنْ لَمْ يُدَبِّغْ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ...

القولان في جلد الميتة مبنيان على الطهارة وعدمها بالدباغ ، ومقابل المشهور لابن وهب : جواز البيع بعد الدبغ بشرط «البيان» ، وهو قول مالك في «المختصر» . ومقابل المشهور في جلد السبع لأشهب : مقيد بعدم الدبغ ، وأما إذا دبغ فيجوز . كذا نقله ابن عبد البر^(١) عنه .

وفرق ابن حبيب بين العادية فيمنع ، وغير العادية كالهر والثعلب فيجوز بيعها والصلاة عليها ، بناء على أن الذكاة تتبعض .

وَفِي كَلْبِ الصَّيْدِ وَالسَّبَاعِ قَوْلَانِ .

هذا راجع إلى القيد الثاني ، وهو قوله : منتفع به ، وكذا قال ابن راشد ؛ أي : وفي منع بيع الكلب أو جوازه ، والمشهور : المنع .

قال في «البيان»^(٢) : وهو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك ، والجواز لابن كنانة وابن نافع وسحنون .

سحنون : أبيعه وأحج بثمنه وشهره بعضهم ، وعن مالك ثالث : بالكرأه ، وعن ابن القاسم : أفتي بجواز اشترائه ومنع بيعه ، حكاه ابن زرقون ، وحكى عنه ابن رشد وغيره كراهة بيعه .

(١) «الكافي» (٣٥/٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٨٢/٨) .

ولمالك في «المدونة» (١) : يجوز بيعه في الميراث والدين والمغانم ، ويكره بيعه للرجل ابتداء ، وهذا الخلاف إنما هو في مباح الاتخاذ ، وأما غيره فلا خلاف في عدم جواز بيعه وأن ثمنه لا يحل ، نقل ذلك في «البيان» (٢) .

وعلى المشهور : فروى أشهب : يفسخ إلا أن يطول ، وحكى ابن عبد الحكم : يفسخ وإن طال .

وقوله : (وَالسَّبَاعُ) قال بعض من تكلم على هذا الموضع : أي وفي الكلب الذي يحرس الماشية من السباع وفي معناه كلب الزرع ، فإن اتخاذ الكلب لذلك جائز . واختلف في بيعه كما ذكره المصنف ، ونقله الباجي وغيره .

وذكر المازري خلافاً في الكلب الذي يتخذ لحراسة الدور والقياسير والفنادق ، وللمنع ذهب ابن القصار .

وأجاز فيه شيخنا - رحمه الله - وجهاً آخر ، وهو أن يريد بالسباع السباع التي في معنى الكلب كالفهد ونحوه ، وهو الذي اقتصر عليه ابن راشد ، فقال : يعني السباع كالفهود ونحوها ، بناء على وجود المنفعة فيها ، أو كونها منفعة يسيرة فلا تقابل بالعوض .

وَجُوزُ بَيْعِ الْهَرِّ وَالسَّبَاعِ لِتَذْكِيَّتِهَا لِحُلُودِهَا ، فَإِذَا ذُكِّتْ بَيْعَتْ جُلُودُهَا وَصُلِّيَ فِيهَا وَعَلَيْهَا بِخِلَافِ الْكَلْبِ مُطْلَقًا...

هذا معنى ما في «المدونة» في كتاب الضحايا ، وعلى القول : إن جلود السباع لا تعمل فيها الزكاة لا يجوز البيع هنا ، واستشكل الجواز لوجهين :

أحدهما : لا يدري أيسلم الجلد أم لا ؟ وأجيب بأنه يحتاط له من لحم .

والثاني : لا يدري أرقيق أم غليظ ؟

وأجيب : بأنه مما يعلم بالعادة لا سيما القصابون .

ويؤخذ من هذه المسألة جواز بيع الجلد وهو على ظهر الحيوان ؛ لأنه لما كان السبع لا يؤكل لحمه على المشهور ، فإذا بيع جلده فكأن البائع لم يبيع إلا جلده فقط .

(١) «المدونة» (٣/ ١٠٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٧٠) .

وحصل في «البيان»^(١) في بيع الجلد قبل الذبح ستة أقوال :

الأول : جواز .

والثاني : الكراهة ويمضي بالثمن .

والثالث : الكراهة ويفسخ ، إلا أن يذبح البائع الشاة فيمضي بالثمن .

والرابع : الكراهة ويفسخ ، إلا أن يقبضه المبتاع فيمضي بالثمن .

والخامس : يفسخ ، إلا أن يقبض المشتري الجلد ويفوت عنده فيمضي بالثمن .

والسادس : إن شراه لا يجوز ويفسخ ، فإن فات عند المشتري صح بالقيمة .

وقوله : (بِخِلَافِ الْكَلْبِ مُطْلَقًا) ابن راشد : يعني أن الكلب غير المأذون في اتخاذه

لا يجوز بيعه لمن يبقيه حياً أو يذكيه لأخذ جلده ؛ لوجود النهي عن بيعه وعن اتخاذه .

خليل : ويدخل في قوله : (مطلقاً) المأذون في اتخاذه .

وَلَا يُبَاعُ مَنْ فِي السِّيَاقِ .

ابن عبد السلام : من هنا ابتدأ بالكلام على ما يتعلق بقوله : (منتفع به) وما تقدم

أولى ؛ لأن المنافع إذا كانت ممنوعة شرعاً فهي كالمعدومة حساً ، وهو الذي في

«الجواهر»^(٢) ؛ لأنه تكلم عن مسألة الكلب وما بعدها لما تكلم على قوله : (منتفع به)

ولأنه لو كان كما قال ابن عبد السلام للزم أن يكون الكلام على الكلب داخلاً في مقابل

قوله : (طاهر) وليس بجيد ؛ لأن الكلب عندنا طاهر .

وما ذكره المصنف خاص بالريق وما لا يؤكل لحمه ؛ لأنه من أكل المال بالباطل ،

وأما مأكول اللحم فيباع ليذكى ؛ فيجوز بيعه لحصول المنفعة به ، قاله ابن عبد السلام .

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَرِيضِ الْمَخُوفِ عَلَيْهِ وَالْحَامِلِ الْمُقَرَّبِ عَلَى الْأَصَحِّ .

إن كان الحيوان مما يؤكل لحمه فيجوز بيعه ؛ لأن المنفعة به حاصلة في الحال ، وإن

كان مما لا يؤكل لحمه والمرض خفيف فيجوز أيضاً ، وإن كان مخوفاً ، أو الحامل مقرباً من

الولادة ، فذكر المصنف أن الأصح الجواز وهو الأقرب .

(١) «البيان والتحصيل» (٢٦٨/٧) .

(٢) «الجواهر» (٣٣٦/٢) .

وأشار غيره إلى أن الأصح المنع ؛ لأن الموت حيثئذ كثير ، بدليل منعه ما زاد على الثلث ، ولعل الخلاف خلاف في حال .

وَلَا يُبَاعُ الطَّيْرُ فِي الْهَوَاءِ ، وَلَا السَّمَكُ فِي الْمَاءِ ، وَلَا الْأَبْقُ وَالشَّارِدُ ، وَالْإِبِلُ الْمُهْمَلَةُ لَا تُسْتَصْعَابُهَا...

هذا راجع إلى قوله : (مقدور على تسليمه) وتصوره ظاهر .

اللخمي : ويبيع الآبق فاسد إن شرط أنه من المشتري ، أو على أنه من البائع حتى يقبضه المشتري ، أو على أن طلبه على المشتري ، أو على البائع بشرط النقد ، أو بغير النقد على أنه للمشتري بأي صفة وجد عليها ، أو على أنه على صفة كذا ولا يدري متى يجده قريباً أو بعيداً وإن كان البيع بغير نقد ، وعلى أن طلبه على البائع ، فإن وجدته على صفة كذا أو في وقت كذا أو ما يقارب ذلك جاز ؛ لأنه لا يجوز فيما عقد على هذه الصفة .

وقد قال ابن القاسم فيمن قال : اعصر زيتونك فقد أخذت زيتك كل رطل بدرهم وكان يختلف خروجه ، لا خير فيه إلا أن يشترط إن خرج جيداً ، أو أنه بالخيار ولا ينقد . وإن عرف مكانه وقبض عليه وسجن وعرفت حاله بعد وجوده ولا خصومة فيه وقرب موضعه ، جاز العقد والنقد ، وإن بعد جاز العقد وحده ، وإن لم تعلم صفته لم يجز عقده ولا غيره ، إلا أن يقول : إن وجد على ما كنت أعرفه ، أو على أنه إن كان الآن على صفة كذا فيجوز العقد ، أو يكون بالخيار فيجوز وإن لم يذكر صفة .

وفي «الاستذكار»^(١) : تحصيل مذهب مالك في بيع الآبق أنه لا يجوز ، إلا أن يدعي مشتره معرفته فيشتريه ويتواضعان الثمن ، فإن وجدته على ما يعرفه قبضه ، وإلا رد الثمن وضمنانه من البائع ، وإن كان الآبق عند المشتري فإن علم البائع حاله جاز البيع ؛ لأنه قد يزيد وينقص .

مالك : ويبيع العبد في إياقه فاسد وضمنانه من بائعه ويفسخ وإن قبض .

وكلام ابن عبد البر مخالف لكلام اللخمي ، إذ مقتضاه أنه لا يجوز بيعه إذا كان طلبه على البائع بشرط أن يجده على صفة كذا ، أو على أنه بالخيار .

وقد صرح المازري وابن بشير : بأن ما قاله اللخمي اختيار له ، وما ذكره المصنف في

الإبل المملة نحوه في «العتبية»^(١) من رواية أصبغ عن ابن القاسم : أنه لا يجوز بيع الصعاب من الإبل وما لا يؤخذ إلا بالإزهاق ولا يعرف ما فيها من العيوب .

ابن القاسم : ولا يجوز بيع المهاري والفلاء الصغار بالبراءة ولا يعلم بها عيب أم لا .

قال أصبغ في «العتبية»^(٢) : إن بيع الفلاء ونحوها بالبراءة جائز .

قال في «البيان»^(٣) : قول أصبغ هو الصحيح .

المازري : اختلف في تعليل المنع ؛ فمنهم من أشار إلى أنه لا يمكن قبض الإبل إلا بالإزهاق ، ومنهم من أشار إلى كونها لا تعلم صفتها ، ويمنع بيع طير الهواء وسمك الماء بشرط التعيين ، وأما مطلق السمك والطير فيجوز .

وَالْمَغْصُوبُ إِلَّا مِنْ غَاصِبِهِ .

هو معطوف على الطير ، أي : ولا يباع المغصوب إلا من غاصبه ؛ لأنه تحت يده ، وجعل ابن رشد^(٤) وغيره بيع المغصوب من غير غاصبه على ثلاثة أوجه ؛ إن كان مقدوراً عليه مقراً بالغصب فهو جائز باتفاق .

وإن كان ممتنعاً من دفعه وهو ممن لا تأخذه الأحكام مقراً أو غيره لم يجز بيعه من غيره اتفاقاً .

وإن كان منكراً وهو ممن تأخذه الأحكام وعليه بالغصب بينة فقولان ، بناءً على القولين في اشتراء ما فيه خصومة .

ابن رشد^(٥) : والمشهور منهما المنع ؛ لأنه غرر .

وأما بيعه من غاصبه فجعله ابن رشد على ثلاثة أوجه :

الأول : أن يعلم أنه عازم على رده .

والثاني : أن يعلم أنه غير عازم على رده وإن طلبه ربه .

(١) «البيان والتحصيل» (١٩/٨) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٢١/٨) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٢٢/٨) .

(٤) «البيان والتحصيل» (١٠٣/١٠) .

(٥) «البيان والتحصيل» (١٠٤/١٠) .

والثالث : أن يشكل أمره .

فالأول يجوز باتفاق ، والثاني عكسه ، والثالث فيه قولان ، قال : وإلى هذا ترجع الروايات . انتهى .

وبالفساد قال مطرف ، ورواه عن مالك ، وبذلك حكم القاضي ابن بشير في جارية بقرطبة لم يتم السلطان شراءها حتى طحنت لصاحبها ستة أشهر بعد ردها إليه من الغاصب ؛ لئلا يكون بيع المضغوط ، والجواز هو ظاهر قول مالك في «العتبية» ، رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الغصب .

ابن عبد السلام : وأكثر نصوصهم أنه لا يجوز البيع للغاصب ، إلا بعد أن يقبضه ربه ويبقى بيده مدة طويلة حدها بعضهم ستة أشهر فأكثر ، ورأى أن بائعه إذا باعه على غير ذلك فهو مضغوط ، أي : يبيعه ببخس مكرها استخلاصا لبعض حقه .
والذي في «المدونة» جواز ذلك .

خليل : وكذلك لا يجوز أيضا أن يبيعه من غير الغاصب إذا كان المشتري يقدر على خلاصه بجاهه ؛ لأنه يأخذه ببخس فيكون من أكل المال بالجاه .

تنبيه : قال في المدونة^(١) : ولو باعها ربها من رجل غير الغاصب ممن رآها وعرفها كان نقضاً لبيع الغاصب .

أي : إذا اشتراها شخص من الغاصب غير العالم ، وظاهره جواز بيعها من غير الغاصب ، وهو خلاف ما ذكره المصنف ، إلا أن يتأول على أن ربها لم يبيعها من غير الغاصب إلا بعد تمكنه من أخذها ، ولهذا قال الشيخ أبو الحسن : إن الشيوخ يقولون : إن معناها : إذا سلم من شراء ما فيه خصومة .

وَفِيهَا : لَوْ بَاعَهُ الْغَاصِبُ ثُمَّ وَرِثَهُ فَلَهُ نَقْضُهُ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ مِنْ رَبِّهِ لِتَسْبِيهِ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : الْبَيْعُ تَامٌ فِيهِمَا...

أي : إذا باعها الغاصب ثم مات ربها وكان الغاصب وارثه ، فله نقض ذلك البيع ؛ لأنه لما باع باع ما لم يكن ملكاً له - وتصور كلامه واضح - كأنه نسب المسألة «للمدونة»

لاستشكاله الفرق بين الإرث والبيع ، إذ لا يبعد تخريج النقض في الشراء من الميراث ؛ لأنه إما تام فيهما أو متقضى فيهما ، والتسبب وعدمه وصف طردي لا كبير مناسبة له .
والضمير في (فِيهِمَا) عائد على مسألة الوارث والمشتري .

ابن عبد السلام : انظر لو اشترى الغاصب السلعة من ربها بأقل مما باعها به للأجنبي ، هل يكون له ما بين الثمنين أو لا ؟ وقد قال محمد فيمن تعدى على سلعة رجل فباعها بغير أمره ، ثم اشتراها بأقل مما باعها به للأجنبي ليس له ربح ؛ لأنه ربح ما لم يضمن . أو يفرق بينهما بأن الغاصب هنا كان ضامناً ، ولم يكن المتعدي في مسألة محمد ضامناً .
وَالْمَرْهُونُ يَقِفُ عَلَى رِضَا الْمُرْتَهِنِ .

أي : ويبيع الراهن الشيء المرهون يصح ويقف لزومه على رضا المرتهن ، يعني : بعد القبض والحوز ، وسيأتي الكلام على هذه المسألة في باب الرهن .
وَمِلْكُ الْغَيْرِ عَلَى مَالِكِهِ ، وَقِيلَ : لَا يَصَحُّ .

وقع لفظ الغير - كما ترى - ب (أل) وكذلك وقع في كلام جماعة من الأئمة ، وأنكر ذلك بعض أئمة العربية ، وقال : إنها لا تستعمل إلا مضافة في اللفظ ، والتقدير : ويبيع ملك غيره بغير إذنه يصح ويقف لزومه على رضا مالكة ، وهو مذهب أحمد بن حنبل ، وتعرف هذه المسألة ببيع الفضولي .

ودليلنا : ما أخرجه الترمذي عن أبي ليبد لما رواه عن عروة البارقي قال : دفع لي رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة ، فاشتريت له شاتين ، فبعت إحداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ فذكر له ما كان من أمره ، فقال له : « بارك الله لك في صفقة يمينك »^(١) ، فكان يخرج بعد ذلك إلى الكوفة فيربح الربح العظيم ، فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً .

عبد الحق^(٢) : وأبو ليبد أثنى عليه أحمد ثناء حسناً ، وخرجه البخاري عن شبيب .

(١) أخرجه الترمذي (١٢٥٨) ، وأحمد (١٩٣٨١) و(١٩٣٨٦) ، والدارقطني (١٠/٣) ، والطبراني في «الكبير» (١٧/١٦٠) حديث (٤٢١) والبيهقي في «الكبرى» (١١٣٩٧) وصححه الألباني - رحمه الله - .

(٢) «النكت والفروق» (٣٢/٢) .

وظاهر كلامه : أن البيع يصح ولو علم المشتري أنه لغير البائع ، وهو ظاهر المذهب .
وقال أشهب : لا يصح إذا علم المشتري بالتعدي .

ابن عبد السلام : وبعضهم قيد الخلاف بما إذا لم يكن المشتري عالماً بأنها ملك الغير ،
وأما إن كان عالماً لم يصح البيع ، ومنهم من يرى أن لا فرق .
ومنهم من يقول : إنما يلزم هذا البيع للمشتري إذا كان المالك حاضراً أو قريب المكان ،
وأما إن كان بعيد المكان فلا يلزمه البيع ؛ لما يلحقه بسبب الصبر من الضرر .
وقوله : (وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ) أي : ولو أمضاه مالكه ، وحكي عن مالك ، وهو مذهب
الشافعي .

وإن قيل : لا يظهر لهذا الخلاف جدوى ؛ لأن البيع على المشهور إنما يمضي برضا
البائع ، وحيث فلا نسلم استناد البيع إلى العقد الأول بل إلى رضا المالك ، ولا سيما على
المذهب في الاكتفاء بالمعاطاة .

فجوابه : أنه لو رضي المالك ولم يرض المشتري للزم على المشهور ، وهو واضح .
وَالْعَبْدُ الْجَانِي يَقِفُ عَلَى ذِي الْجَنَايَةِ فَيَأْخُذُ الثَّمَنَ أَوِ الْعَبْدَ ، وَلِلْسَيِّدِ أَوِ الْمُبْتَاعِ دَفْعُ
الْأَرْضِ ، وَفِي كَوْنِهِ عَيَّاً فِي الْخَطَأِ قَوْلَانِ...

يعني : أن من باع عبده الجاني ؛ فإن إمضاء بيعه يقف على رضا ذي الجناية ، أي :
المجني عليه ؛ لتعلق حقه بعين الجاني فجاز له أن يأخذه ، إلا أن يفتكه السيد ، وكذلك له
أن يقتص منه إن كان في الجناية القصاص .

وقوله : (فَيَأْخُذُ الثَّمَنَ) أي : يأخذ المجني عليه إن شاء الثمن الذي باعه به سيده ،
وإن شاء فسخ البيع وأخذ العبد ، وهذا إذا لم يدفع السيد ولا المبتاع أرض الجناية .

وحذف المصنف هذا الشرط ؛ للدلالة عليه بقوله : (وَلِلْسَيِّدِ أَوِ الْمُبْتَاعِ دَفْعُ الْأَرْضِ)
فإن امتنع السيد من دفع الأرض وادعى عليه المجني عليه أنه إنما باع لأنه رضي بحمل
الجناية ؛ حلف ما أراد حملها ، فإن حلف خیر المجني عليه بين إجازة البيع وأخذ الثمن ،
وبين رد البيع ، قاله في « المدونة » ^(١) .

وحيث دفع المبتاع الأرض، فإنه يرجع به على البائع ؛ إلا أن يكون الثمن أقل منه فلا يرجع إلا به .

وقوله : (وَفِي كَوْنِهِ عَيْبًا) أي : إذا دفع السيد الأرض أو عفا المجني عليه ، فهل يكون للمشتري مقال في رده بعيب الجناية ؟ إن كان عمداً فله القيام اتفاقاً ، وإن كان خطأ فقولان ، سببهما : هل ذلك عذر أم لا؟ إذ لا تؤمن منه العودة ، وهما في «المدونة»^(١) ، ففيها : ولو افتكه البائع فللمبتاع رده بهذا العيب ، إلا أن يكون البائع بينه له فيلزمه البيع . قال غيره : هذا في العمد ، وأما في الخطأ فلا وهو كعيب ذهب .

وحكاية المصنف القولين يدل على أن قول غيره ليس تقييداً لقول ابن القاسم ، وجعله في «النكت»^(٢) تقييداً ، قال في قول ابن القاسم : يريد به العمد كما قال غيره ، فعلى هذا لا يختلف في الخطأ أنه ليس بعيب ، ولا في العمد أنه عيب .

وَفِيهَا : قَالَ ابْنُ دِينَارٍ : مَنْ حَلَفَ بِحُرِّيَّةِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ نَقَضَ الْبَيْعُ وَعُتِقَ .

أجمل في هذه المسألة إذ لم يبين هل كانت يمينه على بر أو حنث ، وابن دينار إنما قاله في الحنث ، ولو كان على بر لم ينقض البيع .

وصورة المسألة : إذا حلف ليضربن أمته مثلاً ضرباً يجوز له .

قال في «المدونة»^(٣) : منع من البيع والوطء حتى يفعل ، فإن باعها نقض البيع .

والمشهور : يرد إلى ملكه ، فإن مات قبل الضرب عتقت عليه في ثلثه .

والشاذ لابن دينار : أنه ينقض البيع وتعتق عليه ، قال : ولا أنقض صفقة مسلم إلا

إلى عتق ناجز وضعف ، فإننا ننقض البيع للكتابة والتدبير .

وأدخل المصنف هذه المسألة هنا لما كان البائع لا قدرة له على تسليم العبد لأجل يمينه .

وَفِيهَا : بَيْعُ عَمُودٍ عَلَيْهِ بِنَاءٌ لِلْبَائِعِ ، وَقَيْدُهُ الْمَازِرِيُّ بِانْتِفَاءِ الإِضَاعَةِ وَبِأَمْنِ الْكَسْرِ

نسب هذه المسألة «للمدونة» لإشكالها ؛ لكونه أطلق جواز البيع .

(١) «المدونة» (٥٧٦/٤) .

(٢) «النكت والفروق» (٣٢/٢) .

(٣) «المدونة» (٣٩٦/٢) .

وقوله : (بَيْعُ عَمُودٍ) أي : جواز بيع عمود عليه للبائع بناء ، وتقيد المازري لا بد منه ، وقد سبقه اللخمي للتقيد بالقيدين المذكورين .

وقوله : (بِإِنْتِفَاءِ الْإِضَاعَةِ) أي : إضاعة المال ، فإن إضاعته لا تجوز ، كما إذا كان لا يقدر على إخراجه إلا بهدم الغرفة التي فوقه ؛ لأن ذلك من الفساد .

اللخمي : إلا أن يكون قد أضعف له في الثمن ، أو تكون الغرفة تحتاج إلى النقض ، أو كان عليه بناء يسير .

ولم يذكر المصنف من عليه النقض ، والمنصوص للمالك : أنه على البائع .

وذكر المازري عن بعض الأشياخ أنه استبعده ، قال : ولا وجه لاستبعاده .

وفي «المدونة»^(١) : ولا بأس بشراء نصل سيف دون حليته وينقض البائع حليته .

ابن يونس^(٢) : ولو اشترى الحلية دون النصل لكان على المشتري ، كاشتراء الصوف على ظهور الغنم جزافاً ، واشترى التمر في رؤوس النخل جزافاً .

وجعل اللخمي نقض الحلية على البائع إذا باعها كما في بيعه النصل ، قال : لأن على كل بائع أن يمكن من المبيع ، واختلف في هذا الأصل ، فقليل : فيمن باع صوفاً على ظهور الغنم ، أو تمرّاً في رؤوس النخل على البائع ، وقيل : على المشتري .

وأشار المازري أيضاً إلى هذا الإجراء ، قال : ولو باع شاة واستثنى جلدها ، فظاهر المذهب أن الذبح على المشتري .

اللخمي : وأرى أن يكون الذبح عليهما ؛ لأن التذكية منفعة لهما .

ثم يختلف هل تكون الأجرة عليهما على السواء ، أو على قدر ما لكل واحد منهما ويكون السلخ على صاحب الجلد لأنه على اللحم ، فعلى من له الأعلى أن يزيله .

المازري : وعندي أنه يختلف في السلخ ؛ فإن قلنا : إن المستثنى مشتري جرى على القولين في شراء صوف الغنم ، وإن قلنا : إنه مبقى على ملك البائع فالسلخ على البائع .

وَفِيهَا : بَيْعُ هَوَاءٍ فَوْقَ هَوَاءٍ وَيَبْنِي الْبَائِعُ الْأَسْفَلَ وَقَيْدُهُ بِوَصْفِ الْبِنَاءِ .

صورتها : أن يقول له : بعني عشرة أذرع فوق سطحك ، فيقول : وأنا محتاج أيضاً

إليها، فيقول له : فبعتها لي فوق ما تبنيه، فيشترط في جواز ذلك وصف البناء الأسفل والأعلى ، وهل بآجر أو حجر إلى غير ذلك .

وظاهره : أن التقييد في هذه المسألة للمازري ، وبه صرح ابن شاس^(١).

وهذا التقييد مذكور في «المدونة» في كتاب الغرر فلا حاجة إلى المازري ، على أنه يمكن أن يعود الضمير في كلام المصنف على مالك كما مشاه ابن عبد السلام .

فائدة :

قال علماؤنا : من ملك أرضاً أو بناءً ملك هواءها إلى أعلى ما يمكن ، واختلفوا هل يملك باطنها أو لا ، على قولين .

ورجح بعضهم الملك ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : «من غصب قيد شبر طوقه الله من سبع أرضين» . وفيه نظر .

وقال القرافي^(٢) : ظاهر المذهب عدم الملك .

فرع :

وفرش السقف بالألواح على من شرط عليه ، وإن سكت عنه ؛ فقليل : على المبتاع لأنها أرضه ، وقيل : على البائع لأن السقف سقفه .

ابن القاسم : الموثق وهو الأصح ، قال : ولا يجوز للمبتاع بيع ما على سقفه إلا بإذن البائع ؛ لأن الثقل على حائطه .

وَفِيهَا : غَرَزُ جِذْعٍ فِي حَائِطٍ ، فَقَالَ : إِنَّ ذَكَرَ مُدَّةً فَإِجَارَةٌ تَنْفَسَخُ بِإِنْهَادِهِ ، وَإِلَّا فَمَضمُونٌ...

يعني : يجوز لك أن تشتري من غيرك قدر ما تضع عليه خشبة أو أكثر من جداره ، فإن ذكرت مدة فهو إجارة تنفسخ بانهدام الجدار ؛ لأنه قد هلك ما يستوفى منه المنفعة، وإن لم تتعين المدة فهو مضمون ، فعليه أن يعيده لتستوفي منفعتك ، كما على صاحب السفلى لصاحب العلو .

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٤٠) .

(٢) «الذخيرة» (٥/ ١٥٥) .

وفاعل (قال) عائد على المازري ؛ لأنه هو الذي قيد الكلام الذي نقله المصنف عن «المدونة» ، فلا يرد ما قاله ابن عبد السلام : إنه كلام حسن في إجراءاته على المذهب .

وأما نسبته إلى «المدونة» فليس بصحيح ؛ لأنه فهم أن فاعل (قال) عائد على مالك .

وَالْجَهْلُ بِالْثَمَنِ وَالْمُثْمُونِ جُمْلَةً وَتَفْصِيلاً مُبْطِلٌ، كَزِنَةِ حَجَرٍ مَجْهُولٍ، وَكَتْرَابِ الصَّوْأغَيْنِ...

هذا راجع إلى قوله : (معلوم)، وقوله : (وَالْجَهْلُ بِالْثَمَنِ) يحتمل أن يريد بقدر الثمن ، ويحتمل بشأنه ؛ ليندرج قدره وصفته وعينه . ومراده بـ (الجمله) مجموعه، وبـ(التفصيل) أجزاؤه، والصور المقدره بحسب الجهل بالثمن والمثمون والعلم بهما أو بأحدهما أربع : مجهولان ، ومعلومان ، وأحدهما مجهول ، والآخر معلوم، ولا يجوز منها إلا صورة واحدة وهي المعلومان .

وقوله : (كَزِنَةِ حَجَرٍ مَجْهُولٍ) يحتمل في الثمن ، ويحتمل في المثمون ، ولا إشكال في هذا في الحضر حيث لا تعدم الموازين .

ابن عبد السلام : وأما في البوادي ، فقد يتخرج الجواز فيه على البيع بمكيال لا يعرف المشتري قدره .

فإن قيل : الفرق أن الجهالة في الكيل هناك في جانب المشتري فقط ، وهنا في جانب البائع والمشتري معاً .

قيل : فلنا أن نفرض الجهالة هنا في جانب المشتري وحده .

(وَكَتْرَابِ الصَّوْأغَيْنِ) لأنه لا يدري هل فيه شيء أم لا ، كثير أم قليل .

فرع مرتب :

فإن وقع بيع التراب فسخ ، وإن فات بذهاب عينه فقيمته يوم قبض على غره إن كان على حاله ، وإن خلصه المشتري رده على المشهور .

وقال ابن أبي زيد القيرواني^(١) : على المشتري قيمته على غره .

وعلى المشهور فله أجر تخليصه .

(١) «النوادر والزيادات» (٦/٣٣٦) .

وأجرى الأشياخ ذلك على الخلاف فيمن اشترى أشجاراً بوجه شبهة فسقى وعالج ثم ردت إلى ربها ، أو اشترى أبقاً فأنفق على رده نفقة ثم فسخ البيع ورد إلى ربه ، هل يرجع بالنفقة في جميع ذلك أم لا ؟

وأصل ذلك : أن النفقة إن كان لها عين قائمة رجع بها بلا خلاف ، وإن لم تكن لها عين قائمة ، فقال ابن القاسم : يرجع ، وقيل : لا .

وصرح ابن بشير بأن المشهور الرجوع بنفقة الأبق ، حيث قلنا : إن المشتري يرجع بأجرة عمله فزادت الأجرة على قيمة الخارج ، فهل يرجع بها ، أو إنما يرجع بها ما لم تزد على أجرة الخارج .

أجرى ذلك ابن محرز على القولين فيمن أنفق على الثمرة ، هل يرجع بجميع النفقة ، أو إنما يرجع بها ما لم تزد على قيمة الثمرة .

واقصر ابن يونس على أنه إنما يرجع بها بشرط ألا تزيد على الخارج ، وعلى هذا فلا تكون له أجرة إذا لم يخرج شيئاً ، وعلى الأول تكون الأجرة في ذمة البائع .

بِخِلَافِ مَعَادِنِ الْفِضَّةِ ، وَفِي مَعَادِنِ الذَّهَبِ قَوْلَانِ .

أي : بخلاف تراب معادن الفضة فيجوز بيعه ؛ لأنه يحزر ما فيه من الفضة لقلة ترابه ، والمشهور في معادن الذهب قولان : الجواز نص عليه المازري .
والشاذ لابن حمدون .

ومنشأ الخلاف فيه : خلاف في حال هل يمكن حزره كالفضة أو لا ؟

وروى ابن القاسم عن مالك : جواز قسمة تراب المعادن ، ومنع ذلك يحيى بن عمر .

وَكَرِطِلٍ مِنْ شَاةٍ قَبْلَ سَلْخِهَا عَلَى الْأَشْهُرِ ، بِخِلَافِ بَيْعِهَا قَبْلَهُ .

هذا معطوف على (كَزَنَةِ حَجَرٍ) وكلما عطف هنا بالكاف فهو ممنوع ، إلا قوله :

(وكذلك الدقيق) وكلما عطف بخلاف فهو جائز ؛ يعني : أن بيع رطل لحم من شاة قبل سلخها لا يجوز على الأشهر ؛ لأنه لا يدري على أي صفة يأخذه ، وأما من أي موضع فلم يشترطوه في السلم .

وقوله : (بِخِلَافِ بَيْعِهَا قَبْلَهُ) أي : فيجوز بيع جميعها قبل السلخ قياساً على بيع

الحي الذي لا يراد إلا للذبح ، ولأنه لما لم يقصد شيئاً معيناً خف الغرر في الجميع ولم يخف في الرطل .

قال في «البيان»^(١) : والأصل في هذا أن كل ما يدخل بالعقد في ضمان المشتري فليس من بيع اللحم المغيب كالشاة المذبوحة ، وما لا يدخل في العقد في ضمانه كالرطل فهو يبيع اللحم المغيب .

قال شيخنا - رحمه الله - : وقد يعكس لكثرة الغرر في الجميع وخفته في الرطل ، واعترض ابن عبد السلام كلام المصنف بوجهين :

أحدهما : أن مقابل الأشهر قول أشهب بالكراهة لا الإباحة ، كما هو ظاهر كلامه .

وثانيهما : إن عني بقبلية السلخ في الموضعين بعد الذبح فلا يصح ؛ لأن أشهب نص على أن ذلك قبل الذبح .

وإن عني الأعم فيلزمه أن ينسب لابن القاسم جواز بيع لحم شاة وهي حية ؛ لقوله بخلاف بيعها قبله ، وهذا لا يوجد إلا في مسائل الاستثناء .

وأجيب عنهما : بأن غير الأشهر حكاه ابن شعبان ، فقال : واختلف في بيع اللحم والبهيمة قائمة على الحبس أو بعد ذبحها أو نحرها وقبل الكشف عنها فكرهه أشهب في «المدونة» ، وإن حبسها وعرفها وشرع في الذبح جاز .

زاد أشهب في «الموازية» : وإن كان بعد يوم أو يومين فسرخ .

فظاهر ما حكاه ابن شعبان : الجواز من غير كراهة كما ذكر المصنف .

وعن الثاني : بأن مراده بقبلية السلخ الأعم ، أي : قبل الذبح وبعده ، وقد ذكر ابن شعبان الخلاف مطلقاً ، ولا يلزم أن يحمل مقابل الأشهر على قول أشهب ، ولو سلم حمله فلا فرق بين ما نص عليه وهو قبل الذبح ؛ وبين ما سكت عنه وهو بعده وقبل السلخ .

وأما ما ألزمه أن ينسب لابن القاسم فهو مذهبه في «العتبية»^(٢) من رواية عيسى عنه ، قال : وما لا يتنفع به إلا اللحم ، مثل الداجن كدجاجة لا تبيض ، لا بأس أن تباع بما لا يستحيى من الطير على التحري .

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣١) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ١٨٩) .

واعترض على المصنف بأن قوله: (وَكَرِطَلٍ) يقتضي أنه مثال للمجهول جملة وتفصيلاً؛ لأنه عطف على ما قبله وليس كذلك بل هو معلوم الجملة ، وإنما الجهل حصل في صفة اللحم ، قال : ويحتمل أن يكون إنما شبه في المنع خاصة .

وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْحِنْطَةِ فِي السُّبُلِ وَالتَّبْنِ ، وَالزَّيْتِ فِي الزَّيْتُونِ عَلَى الْكِيلِ وَالْوَزْنِ .

أي : فيجوز لمعرفة الصفة بفرك بعض السنبل وتذرية بعض التبن عنه .

الباجي^(١) : ولا خلاف في الجواز ؛ أعني : إذا كان على الكيل ، وهذا ظاهر إن اشترى من المجموع كيلاً معلوماً .

وأما إن اشترى الجميع على الكيل ، فيخرج على قول من منع بيع جميع الصبرة على أن كل قفيز بكذا هاهنا المنع ، بل أولى لعدم رؤية الجميع هنا .

أبو الحسن : أي : تأخر تمام دراسه وليس يعني تأخير المزروع ، وقد اختصره ابن يونس : وإن كان مكثه في حصاده ودراسه وذروه إلى عشرة أيام أو خمسة عشر فهذا قريب .

وشرط في « المدونة » في جواز الزيت : أن يكون خروجه لا يختلف ، قال فيها^(٢) : وإن اختلف لم يجز إلا أن يكون مخيراً فيه ولا ينقده ، ويكون عصره قريباً إلى عشرة أيام ونحوها .

بعض الأندلسيين : وينبغي أن يشترط الخيار لهما معاً ، وإلا لم يجز إذا كان يختلف .

وذهب اللخمي : إنه لا يلزم ، وهو ظاهر ما اختصر عليه المختصرون .

قال : فإن هذا من الباب الذي حكاه سحنون في كتاب الغرر عن جل أصحاب مالك في البيع على أنه بالخيار إذا رأى وهي المسألة بعينها ، وعلى ما ذكر البغداديون أنه غير جائز .

وقوله: (عَلَى الْكِيلِ وَالْوَزْنِ) أي: الكيل راجع إلى القمح ، والوزن راجع إلى الزيت ، ولا يصح جعلهما للقمح والزيت ، فإنه نص في « المدونة »^(٣) على منع بيع القمح بالوزن .

(١) «المنتقى» (١٤٩/٦) .

(٢) «المدونة» (١٩٨/٣) .

(٣) «المدونة» (٣٦/٣) .

اللخمي : ويجوز فيه الوزن بمصر ؛ لأن ذلك العادة عندهم في الدقيق يبيعونه وزناً ، ويسلمون القمح للطحان بالوزن .

وكذلك نص على جواز بيع الزيت بالكيل والوزن إذا كان العرف جارياً بذلك .
وعلى هذا فلا يبعد أن يعود قول المصنف على الكيل والوزن إلى كل واحد من القمح والزيت .

وَكَذَلِكَ الدَّقِيقُ قَبْلَ الطَّحْنِ عَلَى الْأَشْهَرِ .

قال : (وَكَذَلِكَ) ولم يقل : وكالدقيق ؛ لثلاث يتوهم عطفه على (كزيت) فيكون الأشهر فيه المنع وليس كذلك ، فإن الأشهر فيه الجواز .

ثم له حالتان ؛ تارة يقول : آخذ منك من دقيق هذا القمح صاعاً بكذا ، فهو في ضمان البائع حتى يوفيه مطحوناً .

وتارة يقول : أشتري منك هذا الصاع على أن تطحنه ، فإذا وفاه إياه حباً خرج من ضمانه ، وهو بيع وإجارة .

والمصنف إنما أراد الأول ، فوجه الأشهر : أن الطحن متقارب ، ورأي مقابله أنه مما يختلف ولا يدري كيف يخرج ، هل هو فاخر أو لا ؟

وَبِخِلَافِ صَاعٍ ، أَوْ كُلِّ صَاعٍ بِدَرَاهِمٍ مِنْ صُبْرَةٍ مَعْلُومَةِ الصَّيِّعَانِ ، أَوْ مَجْهُولَتِهَا فِيهِمَا... .

الضمير في فيهما عائد على الصورتين ؛ أي : صورة صاع ، وكل صاع .

أما مسألة : صاع بكذا ، فلا إشكال فيها .

وأما مسألة : كل صاع بكذا ، فثلاثة أحوال ؛ إن قال : أشتريها كل صاع بكذا وهي معلومة الصيعان فلا إشكال أيضاً في جوازها .

وإن كانت مجهولة الصيعان فالمذهب أيضاً الجواز ، وحكى أبو عمران عن بعض أصحابنا الكراهة ، ومنعها بعض الأئمة خارج المذهب .

وإن قال : أخذت منك منها كل صاع بكذا ، فاختلف الشيوخ في ذلك - سواء كان عدد صيعان الصبرة معلوماً أو مجهولاً - فمنهم من منعه ، ومنهم من أجازه .

واختار ابن عبد السلام المنع ، قال : لأن (من) هنا لا شك أنها للتبعض وهو يقل ويكثر .

ومال أيضاً المازري إليه ، بشرط أن يريد المتعاقدان بـ (من) التبعض .
وأما إن أراد بيان الجنس ؛ والقصد أن يقول : أبيعك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، فلا .

وقال ابن راشد : إذا قال : أبيعك من هذه الصبرة حساب كل عشرة أفزة بدینار ولم يبين ما باعه منها ، فقال القاضي أبو محمد : ما علمنا فيها نصا .

وقال بعض المعاصرين : البيع فاسد ، وهو قول الشافعي .

القاضي : ويحتمل أن تكون (من) زائدة فيحمل على ذلك ، وهو أولى من حمله على الفساد ، ويحتمل أن يلزمه البيع في مقدار ما علق البيع عليه ، وهو عشرة أفزة على ما رواه عبد الملك فيمن قال : اكرت منك هذه الدار حساب كل شهر بكذا ، أن الإجارة تلزمه في شهر واحد .

فَإِنْ جُهِلَ التَّفْصِيلُ ، كَعَبْدَيْنِ لِرَجُلَيْنِ بِثَمَنِ وَاحِدٍ ، فَقَوْلَانِ .

لما ذكر المجهول جملة وتفصيلاً ، والمجهول الجملة المعلوم التفصيل كالصبرة ، أعقبه بالمجهول التفصيل المعلوم الجملة ومثله بالعبدین .

وكلامه يصدق على ثلاث صور : إذا كان لكل واحد منهما عبد ، أو لأحدهما عبد لا شركة فيه والآخر مشترك ، أو هما مشتركان بينهما على أجزاء متفاوتة .

وأشهر قولي ابن القاسم المنع ، قال في البيوع الفاسدة من «المدونة»^(١) : لأنه لا يدري بما باع ، ثم قال : وأجازه أشهب وقد كان ابن القاسم يجيزه ، فإن وقع على المشهور من قول ابن القاسم فسخ .

وإن فات ، ففي «الموازية» : يمضي بالثمن مفضوضا على القيم ، وفي غير «الموازية» : أنه يمضي بالقيمة كالبيع الفاسد .

التونسي : وهو أشبه .

فإن قلت : كلامه معترض لأنه يصدق على ما إذا كانا مشتركين بينهما على السواء ، وهي جائزة اتفاقاً .

فالجواب : لا نسلم دخولها ؛ لأنه جعل العبدین مثلاً لمجهول التفصيل ، وإذا حصلت الشركة على السوية فالثمن معلوم التفصيل .

وقوله : (بِثَمَنٍ وَاحِدٍ) ظاهره لو سمي لكل واحد ثمناً جاز ، وكذا قال ابن لبابة ، وأحسبهم يجيزون إن سمي لكل سلعة ثمناً ؛ كالمراثن في النكاح .

وأشار غيره إلى أنهما إذا قوماً أو دخلاً على المساومة فلا يختلف في الجواز .

ابن عبد السلام : إن كان دخولهما على المساواة بعد التقويم فظاهر ، وإن كان باتفاقهما فقط لا يفيد ؛ لأن المذهب أن المتبايعين إذا سمي لكل سلعة ثمناً ثم طرأ عيب أو استحقاق لا يلتفت إلى تلك التسمية .

وأشار التونسي إلى أن هذا الخلاف إنما هو إذا علم المشتري بذلك ، وأما إذا لم يعلم وظهر أنهما شريكان في السلعتين جميعاً فإنه لا يفسخ البيع ؛ لأن الفساد من جهة أحد المتبايعين لا من جهتهما .

وقال المازري : إذا لم يعلم المشتري يجري ذلك على الخلاف في علم أحد المتبايعين بالفساد .

ولو قال المصنف : كشيئين مكان عبيدين ، لكان أصوب .

بِخِلَافِ سِلْعَةٍ وَخَمْرٍ عَلَى الْأَصَحِّ .

أي : إذا اشتمل البيع على ما لا يجوز وما يجوز كما مثل به ، فالأصح بطلان الجميع وهو مذهب « المدونة » ؛ لأنه إذا بطل بعض الصفقة بطلت كلها .

وأشعر كلام المصنف بأن الأصح البطلان لذكره الخمر ، فإنه إنما يناسب الإبطال ، ومقابل الأصح إبطال الحرام وإمضاء الحلال بما يقابله ، ذكره ابن القصار تخريجاً .

المازري : وتعلق فيه بقول ابن القاسم فيمن اشترى شاتين فوجد إحداهما غير ذكية وهما متكافئتان ، يلزمه البيع في الذكية ، وهو صحيح إن كان مراد ابن القاسم أن العقد وقع والمتعاقدان عالمان بغير الذكية ، وأما إن لم يعلما فهذا مما اضطرب فيه المذهب ، هل

يفسخ العقد أو يمضي الحلال ويفسخ الحرام ، ويكون ما ظهر أنه حرام كالمستحق من الصفقة التي اعتقد أنها لبائعها ثم ظهر أن بعضها ليس له ، وكمن تزوجت على عبد ثم ظهر أنه حر ، وكمن باع خلاً ثم ظهر أنها خمر .

وخرَجَ بعض المتأخرين الاختلاف من رواية ذكرها ابن عبد الرحمن بن زياد الأندلسي عن مالك أنه قال فيمن أسلم مائة دينار وقبض خمسين وتأخر خمسون : أنه يبطل السلم في مقدار ما تأخر .

وهذا أيضاً فيه نظر ، فإن التأخير بغير شرط لا يفسد السلم على أحد القولين ولو تأخر جميع رأس المال ، فيمكن أن يكون راعى هذا الاختلاف . انتهى .

وَعَلَى الصَّحَّةِ يُقْسَطُ الثَّمَنُ فِيهِمَا

أي : إذا فرعنا على الصحة في هذا الفرع وفي الذي قبله ، فيقسط الثمن في المسألة الأولى على السلعتين ؛ ليأخذ كل بائع ما ينوب سلعته ، وقسط الثمن في المسألة الثانية ، فأخذ البائع منه ما قابل السلعة وبطل ما قابل الخمر .

فَإِنْ بَاعَ مِلْكُهُ وَمِلْكُ غَيْرِهِ فَرُدَّ وَكَانَ وَجْهُ الصَّفَقَةِ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ

يعني : لو باع سلعتين إحداهما له والأخرى لغيره ، فهو في التي لغيره فضولي ، فإن أمضى غيره البيع لزم ذلك المشتري ولا مقال له ، وإن رد فكان المردود وجه الصفقة ، فإن المشتري يخير في التمسك بالباقي بما يخصه من الثمن أو رده ، وهذا قول ابن حبيب ، والمشهور خلافه ؛ أنه إذا رد وجه الصفقة الانتقاض في الجميع وليس له التمسك بالباقي .

وَيَجُوزُ بَيْعُ الشَّاةِ وَاسْتِثْنَاءُ أَرْبَعَةِ أَرْطَالٍ فَأَدْنَى ، وَإِلَيْهِ رَجَعَ بَعْدَ مَنَعِهِ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَسَنَّهُ أَشْهَبُ ، وَقَدَّرَ الثَّلَثَ كَالصَّبْرَةِ وَالثَّمَرَةَ بِاتِّفَاقٍ ...

هذا يشبه المعلوم جملة والمجهول تفصيلاً ، لكن باعتبار الثمن ، وقد تقدم أنه لا يجوز بيع رطل من شاة قبل سلخها على الأشهر ، لكن أجاز مالك هذه على وجه الاستثناء بشرط اليسارة ، وإلى هذا رجع مالك بعد أن كان يمنعه .

ووجهه : أن المشتري إما يشتري فلا يجوز ؛ لأنه شراء لحم مغيب ، وإما يبقى فيكون ما عداه مشتري وهو مغيب ، ثم ذكر في حد السير ثلاثة أقوال .

ابن عبد السلام : والثلاثة أرتال رواها ابن المواز ، والذي في «المدونة» أربعة أرتال .
 خليل : قد جاء في «المدونة» الثلاثة على رواية ابن وضاح كما ذكره المصنف ، وفي بعض الروايات جواز استثناء الثلث ، والذي نقله ابن يونس عن «الموازية» : جواز الخمسة والستة لا الثلاثة كما نقله ابن عبد السلام .

ابن راشد : واتفق على أن ما زاد على الثلث كثير .

ابن عبد السلام : وقيد الاتفاق راجع إلى الثمرة ؛ لأن الخلاف في الصبرة ، فقد روى ابن الماجشون وقال به : أنه لا يجوز أن يستثنى من الصبرة قليلاً ولا كثيراً ، كيلاً ولا جزءاً مشاعاً ؛ لأن الجزاف إنما جاز بيعه للضرورة ؛ وهي مشقة الكيل والوزن ، فإذا استثنى منها جزءاً فلا بد من الكيل ، فلم يقصد بالجزاف إلا المخاطرة ، والثمره لا يتأتى فيها الكيل فافترقا .

وعلى هذا فالثمرة مبتدأ خبره محذوف ؛ أي : يجوز فيها استثناء الثلث باتفاق ، يريد : على رؤوس الأشجار .

وقال بعض من تكلم على هذا الموضع : بل هو راجع إليهما ، والمقصود به الاستدلال على ابن القاسم بما اتفقا عليه .

وقد حكى ابن المواز ذلك ، فقال : واتفق ابن القاسم وأشهب على جواز الاستثناء من الصبرة والثمرة كيلاً قدر الثلث فأقل .

وفرق المازري لابن القاسم بأن الصبرة مرثية فخف الغرر ، وعلى الجواز في الثمرة ، فقال أشهب : يجوز ، سواء كان ذلك تمراً أو رطباً أو بساً ، وهو ظاهر على أن المستثنى مبقى ، وفيه نظر على أنه مشتري ، فإن كانت الثمرة أنواعاً فاستثنى من نوع منها أكثر من ثلثه إلا أنه أقل من ثلث الجميع ، فاختلف فيه قول مالك بالإجازة والمنع ، وأخذ ابن القاسم وأشهب بالمنع .

وَيُجْبَرُ عَلَى الذَّبْحِ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَتْ مَعْلُوءَةً .

ما صدر به المصنف ، قال المازري : وهو المعروف ؛ لأن المشتري دخل على أن يدفع للبائع لحماً ولا يتوصل إليه إلا بالذبح .

وحكى بعضهم الاتفاق عليه .

قوله : (وَقِيلَ : إِنْ كَانَتْ مَعْلُولَةً) وقع في بعض النسخ : (معلوفة) بالفاء ، وظاهره : أنها إذا كانت كذلك أجبر ، وينبغي أن يقدر إن كانت معلولة لم يجبر على الذبح ليوافق المنقول .

ففي «الواضحة» من رواية مطرف عن مالك : فيمن باع جزورا واستثنى رأسها أو أرتالاً يسيرة من اللحم ، فإن أخرها المبتاع حتى ماتت أو صحت وكانت مريضة ، قال : إذا بيعت لمرض أو علة فخيف عليها الموت فبيعت لذلك ييسر الثمن ولولا ذلك لبيعت بدنانير كثيرة ، فإن أخرها عامداً فهو ضامن لما استثنى عليها منها ، وإن صحت وذهب ما كان بها من مرض فعلى المبتاع شراء ما استثنى عليه البائع أو قيمته ، ولا يجبر على نحرها ؛ لأنه كان ضامناً لما استثنى عليه .

وإن كانت حين البيع صحيحة فتريص بها المبتاع الأسواق فزاد ثمنها أو سمت فكره المبتاع نحرها ، فالبائع شريك بقدر ما استثنى منها .

وانظر كيف لم يجعله في هذه الرواية شريكا إذا كانت مريضة وجعله شريكا إذا لم تكن مريضة وزادت أسواقها ؛ ولعل ذلك لأنها إذا كانت مريضة لا يكون لها كبير الثمن ، فإذا صحت ارتفع ثمنها فصارت الرأس المبيعة وهي مريضة كأنها قد فاتت ، والله أعلم .
وَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ لَحْمًا عَلَى الْأَصَحِّ .

أي : لو اتفقا على أن يعطي المشتري البائع لحما عوضاً عن المستثنى ، فالأصح وهو مذهب أشهب منعه .

وصححه المصنف لما ذكره ابن المواز أنه يدخله بيع اللحم بالحلي ، ولذلك قال : بخلاف الجلد ؛ أي : فيجوز ، والجواز ظاهر قول مالك في رواية مطرف .

وفي «المدونة»^(١) ما يقتضيه ؛ وهو قوله فيمن استثنى الجلد أو الرأس ، أو أبي المشتري من الذبح : أن عليه شراء جلده أو قيمته ، فلم يجعله من بيع اللحم بالحيوان فاعلمه .

واختلف هل للبائع أن يبيع ما استثناه بناء على أنه مبقى ، أو لا بناء على أنه مشتري فيدخله بيع الطعام قبل قبضه ، على قولين .

(١) «المدونة» (٣/٣١٦) .

وَلَوْ اسْتَنْتَى جُزْءًا جَازَ ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الذَّبْحِ .

كما لو باع شاة والمستثنى نصفها أو ثلثها أو غير ذلك من الأجزاء .

المازري : ولا خلاف فيه .

قوله : (وَلَوْ كَانَ) مبالغة في الجواز ، وهو ظاهر .

وَفِي جَبْرِ مَنْ أَبَاهُ حَيْثُ قَوْلَانِ .

قوله : (حَيْثُ) أي : حين باع على الذبح .

ابن عبد السلام : والظاهر الجبر لدخوله على ذلك ، والمؤمنون عند شروطهم .

وقال ابن يونس : الصواب عدمه ؛ لأنهما قد صارا شريكين ، فمن دعا إلى الذبح

فذلك له .

قال : فإن قيل : قد قال ابن القاسم : يجبر على الذبح إذا استثنى أرتالاً فما الفرق ؟

قيل : لأنه هنا إذا تشاحا بيعت عليهما ووقع لكل واحد منهما ثمن معلوم ، بخلاف

الأرتال . انتهى .

واقصر اللخمي على القول بعدم الجبر .

المازري : وهو الذي نص عليه الأشياخ .

خليل : ويدل عليه قولهم : يجوز ولو كان على الذبح ، إذ لو كان يجبر فإن فيه

شراء اللحم المغيب ، والله أعلم .

وحكى بعضهم الأول ولم يعزه ، وذكر ابن يونس والمازري أن بعض الشيوخ توقف في

الجبر وعدمه .

وَلَوْ اسْتَنْتَى الْجِلْدَ وَالرَّأْسَ ، فَثَالِثًا : الْمَشْهُورُ يَجُوزُ فِي السَّفَرِ لَا فِي الْحَضَرِ .

أي : لو باع شاة واستثنى جلدها أو رأسها ، فثلاثة أقوال :

الجواز في الحضر والسفر : حكاه فضل عن ابن وهب وعيسى .

والمنع فيهما : حكاه الأبهري رواية عن مالك .

والثالث المشهور : يجوز في السفر دون الحضر ، ودليله ما رواه أبو داود في مراسيله

عن عروة بن الزبير : أن النبي ﷺ حين خرج هو وأبو بكر مهاجرين إلى المدينة مرَّ براعي غنم اشترى منه شاة وشرط له سلبها .

ولا يقاس الحضر عليه ؛ لأنه إنما جاز في السفر لكونه لا قيمة له هناك فخف الغرر .

تنبيه :

جعل المصنف المشهور عدم الجواز في الحضر ، والذي في «المدونة»^(١) : أجاز مالك استثناء الرأس والجلد في السفر إذ لا ثمن له هناك ، وكرهه للحاضر إذ كأنه ابتاع اللحم ، فظاھر الكراهة فقط ، وبذلك فسرھا أبو الحسن فاحتج بقول ابن حبيب : خفف مالك ذلك في السفر وكرهه في الحضر ؛ إذ له هناك قيمة ، ولا يفسخ إن نزل .

لكن أضاف المازري إلى المذهب المنع كما فهم المصنف ، فقال : وأما استثناء جلد الشاة المبعة في الحضر فمنعه في المذهب وأجازه ابن وهب ، وأما في السفر فعن مالك روايتان : الجواز وهو المشهور ، والمنع ذكره الأبهري وغيره .

وقال القاضي أبو محمد : إن المحققين من أصحابنا نزلوا هاتين الروايتين على اختلاف حالين ؛ فالمنع في السفر إذا كان للجلد قيمة ، والجواز إذا لم تكن له قيمة .

وأشار ابن حبيب إلى منع هذا التأويل وأجاز استثناء الجلد والأكارع حيث تكون لها قيمة ، واعتل بأنه شيء معين .

وتردد الأبهري في الإجازة في السفر إذا كانت له قيمة ، فقال : يحتمل أن لا يجوز ويحتمل أن يجوز ؛ لأن الحكم للأغلب ، والأغلب ألا قيمة له هناك ، والاحتمال الثاني أوضح والأول أقيس .

ابن يونس^(٢) : والصواب جوازه ؛ لأن النبي ﷺ وأصحابه أجازوه ولم يعللوا لم جاز .

قال : وأما استثناء الرأس والأكارع ، فلا يكره في سفر ولا حضر ؛ كمن باع شاة مقطوعة الأطراف قبل السلخ .

وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الذَّبْحِ عَلَى الْأَصَحِّ .

(١) «المدونة» (٣/ ٣١٥) .

(٢) «الجامع» (٨ / ٣٧٤) .

أي : حيث قلنا بإجازته ، فالمشهور - [كما]^(١) قال المصنف - وهو الأصح عدم جبره على الذبح إذا أباه ارتكاباً لأخف الضررين ، إذ أمر الجلد والرأس يسير وقيمته أو مثله تقوم مقامه ، وفي إجبار المشتري على الذبح إفساد مال .

ومقابل الأصح ليس منصوفاً ، وإنما قال المازري : إنه التحقيق ؛ لدخوله على ذلك اللحم .

وقد حكى عياض الاتفاق على الأول ، فقال : لا يختلف في أن المشتري يخير أولاً في أن يذبح ويعطي الجلد ، أو يمسك فيعطي مثله أو قيمته . انتهى .

وهذا الكلام مخالف أيضاً لما صححه المصنف من تحتم القيمة على القول الذي صححه بقوله :

وَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ لَا الْمِثْلُ عَلَى الْأَصَحِّ .

إذ معناه : أنا إذا فرعنا على عدم الجبر ، فهل يقضى عليه بقيمة الجلد والرأس ، أو بمثلهما ؟ قولان ، والأصح : القضاء بالقيمة ؛ لأنهما من المقومات .

ولم أر من صرح بهذا القول الذي حكاه المصنف .

والذي حكاه ابن يونس وغيره عن ابن القاسم بعد أن حكى عنه التخيير بين القيمة والمثل ، والقيمة أعدل ، ابن يونس وغيره : وقاله سحنون .

وكذلك أيضاً ظاهر كلامه : أن مقابل الأصح القضاء بالمثل فقط ، وليس كذلك ، بل التخيير بينهما ، وهو مذهب «المدونة» .

واختلف الشيوخ فيمن له هذا التخيير ؛ فقليل : للمشتري لأنه الذي جعل له الخيار أولاً بين أن يذبح ويعطي الجلد .

وقيل : للبائع لأنه صاحب الحق .

وقيل : للحاكم ، وهو أضعفها .

فَلَوْ مَاتَ مَا اسْتَشْنِي مِنْهُ مُعَيَّنٌ ، فَثَالِثُهَا : يَضْمَنُ الْمُشْتَرِي الْجِلْدَ وَالرَّأْسَ دُونَ اللَّحْمِ...

مراده بالمعين : خلاف الجزء الشائع ؛ كالثلث والربع فإنه لا ضمان عليه في ذلك .

وحاصل ما ذكره : أنه اختلف في مسألة الأبطال والجلد والرأس فقيل : يضمن في الجميع بناء على أنه يجبر أو يضمن في مسألة الجلد والرأس بناء على عدم جبره ، دون مسألة الأبطال فإنه يجبر ، ثلاثة أقوال ، والثالث هو مذهب «المدونة» .

ونسب ابن يونس وغيره القولين في ضمان الجلد لابن القاسم ، فعنه في «العتبية»^(١) : أنه لا ضمان عليه في الجلد ، وروى عنه أصبغ أنه ضامن .

خليل : والرأس في معناه .

وذكر صاحب «البيان»^(٢) عن ابن دحون : أنه حمل القول بعدم الضمان على ما إذا لم يفرط ، وأما إن توانى في الذبح فيضمن ، وهو معنى الرواية بالضمان ، وعلى هذا فلا خلاف في المسألة .

قال ابن دحون : إنما جعل المصيبة من المشتري ؛ لأنه إنما جاز أن يشتري بهذا الاستثناء في السفر ، لأنه لا قيمة للمستثنى في السفر ، فكأنه اشترى الجميع .

قال في «البيان»^(٣) : وهو كلام غير صحيح ، إذ لا معنى للفرقة بين أن يفرط أو لا ، وإن كان ابن حبيب نحا إلى هذا ، ورواه أبو قرة عن مالك فيمن باع بهيمة واستثنى رأسها فلم يذبحها حتى ماتت ، فعليه قيمة رأسها الذي فرط فيه ؛ لأنه ترك ما اشتراها له من الذبح ، وإن حبسها بإذن البائع حتى هلكت فلا شيء عليه ، وإن صحت فأبى أن يذبحها فعليه قيمة رأسها ، وإن استحياها بإذن شريكه فهو شريك معه ، وهو استحسان على غير قياس ، إذ لا يخلو أن يكون للبائع على المشتري حق توفية أو لا ، فإن كان فلا يسقط عنه ترك التفريط ، وإن لم يكن فلا يجب عليه بالتفريط .

وأما قوله : (وقيل : إنما جعل المصيبة من المشتري) إلخ ، فهو كلام متناقض ؛ لأن كون الجلد لا قيمة له في السفر يقتضي أن البيع لم يقع عليه وأن المشتري لا يكون ضامنا له ، فالصحيح في المسألة : أن قولي ابن القاسم محمولان على الخلاف ، وأن الخلاف في ذلك هل هو مبقى فلا يكون على المشتري ضمان ، أو يشتري فيكون عليه الضمان فكأن

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٩٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٩٣) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٩٣) .

البائع باع جميع الشاة بعشرة وبجلدها ، فإذا كانت قيمته درهمين رجع عليه بسدس قيمة الشاة ، كأنه بمنزلة من باع شاة بعشرة وعرض . انتهى .

وفي «تهذيب الطالب» ، وابن يونس^(١) : عن بعض القرويين : إنه لم يختلف في مسألة استثناء الأبطال أنه لا ضمان على المشتري ، ولا يدخل في ذلك الخلاف الذي في الجلد ؛ لأنه لما لم يجبر في الجلد على الذبح كان الجلد في ذمته لا في معين ؛ بخلاف مسألة الأبطال فإنه مجبور على الذبح .

وهذا بخلاف ما حكاه المصنف من تعميم الخلاف في جعله الثالث تفصيلاً .

وَفِي اشْتِرَاءِ الْبَائِعِ مَالِ الْعَبْدِ الْمَبْعُ بِمَالِهِ ، قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ .
هذه المسألة مشكلة حكماً ونقلاً .

أما الحكم : فظاهر كلامه أن أحد القولين جواز اشترائه ، وإن كان فيه طعام ونقد ودين بما شاء من الثمن ، وفي ذلك من وجوه المنع ما لا خفاء فيه ، حتى قال ابن عبد السلام : إنه لا يعلم خلافاً أن البائع فيها كالأجنبي .

قال شيخنا - رحمه الله - : ويمكن لو ساعده النقل التفرقة بين البائع وغيره ، فإن البائع عالم بمال عبده غالباً بخلاف غيره ، قياساً على ما أجازوه للبائع أن يستثني أربع نخلات من حائطه .

وأما النقل : فقد بحث ابن عبد السلام وغيره عن هذه المسألة في مظانها فلم يجدها ، ثم اختلف الأشياخ ؛ فمنهم من وهمه ، ومنهم من حسن الظن به وتكلف له جواباً ، ثم لهم في ذلك وجوه :

أولها : أنها على ظاهرها ، والشراء محمول على الإقالة ؛ أي : أراد البائع أن يستقيل المشتري في مال العبد بما ينوبه من الثمن ، فإن عددنا الإقالة حل بيع جاز ، وإن عددناها ابتداء بيع كان ما يخص مال العبد من ثمنه غير معلوم ، إذ لا يعلم إلا بعد تقويم رقبته على انفرادها وماله على انفراده ، ويكون هذا كالثمن المعلوم جملة دون تفصيل ، ويكون المصنف غير لفظ الإقالة بلفظ الشراء تنبيهاً على سبب القول بالمنع ؛ لأنه لو عبر بالإقالة لم يفهم السبب المقتضي للمنع .

وفيه نظر ؛ لأن المعلوم جملة المجهول تفصيلاً منعه ابن القاسم وأجازه أشهب ، عكس ما نسب المصنف ، إلا أن يقدر : وفي منع ، وهو تأويل ابن عبد السلام .

ثانيها : أن المسألة على ظاهرها ، والخلاف فيها بالأحرى على قولي ابن القاسم وأشهب في العبد إذا باعه بدون ماله ، ثم أراد المشتري أن يزيد البائع شيئاً ويلحق المال بالبيع ، فروي عن مالك جوازه وبه أخذ ابن القاسم ، وروي عنه منعه وبه أخذ أشهب وابن وهب وابن عبد الحكم ، ولابن القاسم ثالث بالجواز إذا كان بحضرة البيع .

قال في «المبسوط» : ومعنى القرب : أن لا يدخل المال زيادة ولا نقص ، بناء على أن الملحقات بالعقود ، هل تقدر واقعة في أصل العقد فيجوز ، أو لا تقدر واقعة فيه فيمتنع في الصورتين .

ونسب المصنف القولين لهما ، بناء على أن لازم القول قول ، وهو تأويل ابن راشد .

ثالثها : أن اشتراء ، مصدر وهو مضاف إلى المشتري منه ، والفاعل محذوف ، وهو المشتري ؛ أي : وفي اشتراء المشتري من البائع مال العبد المبيع بماله ؛ أي : بمال المشتري ، والخلاف فيها منصوص لابن القاسم وأشهب ، كما ذكره في الوجه الثاني ، وفيه تعسف .

رابعها : أن البائع بمعنى المشتري ؛ لأن كلا منهما بائع في المعنى ، واشترى بمعنى باع ، وضمير (ماله) يعود على المشتري ، وفيه تعسف ، وإن كان البائع يطلق في اللغة على المشتري لكن الفقهاء لا تستعمله ، وإنما يستعمله من يريد الألغاز .

تنبيه :

ما تقدم من تمشية ابن راشد من خلاف ابن القاسم وأشهب ؛ إنما ذلك إذا اشترى المال على وجه لو انفرد المال لم يجز ، كما لو كان المال عيناً وعرضاً واشتراه بعين ، وأما لو اشتراه على وجه لو انفرد جاز فلا خوف في الجواز .

وَالْمُتَعَيْنُ وَلَا غَرَضٌ فِي عَدَدِهِ ، أَوْ قَلَّ ثَمَنُهُ يَجُوزُ جُزْأً .

لما ذكر أن من شرط البيع أن يكون معلوماً خشي أن يتوهم منع الجزاف ، فذكره ليعلم أن حكمه الجواز ، وأن الحزر أقيم فيه مقام العلم .

وقوله : (وَالْمُتَعَيْنُ) أي : المشاهد المرئي ، بذلك فسره ابن راشد ، وتفسير ابن عبد السلام المتعين بالمقوم بعيد جداً .

وذكر علماؤنا لبيع الجزاف شروطاً:

أولها: أن يكون مرثياً، فلا يجوز بيع غائب جزافاً، إذ لا يمكن حزره.

ثانيها: ألا تكون آحاده مقصودة؛ كالجوز واللوز والعصافير وصغار الحيتان، فلا يجوز بيع الرقيق والحيوان والثياب جزافاً، وإليه أشار بقوله: (وَلَا غَرَضٌ فِي عَدَدِهِ). وفي «الواضحة»: جواز بيع الأترج والبطيخ جزافاً وإن اختلف آحاده في الكبر والصغر.

المازري: وهو لا يأتي على ما أصلناه من المنع فيما يراد آحاده، إلا أن يكون الثمن لا يختلف عند المتعاقدين بالصغر والكبر.

ثالثها: أن يكون مما يتأتى حزره، فإن كان من الكثرة بحيث لا يتأتى حزره لم يبيع جزافاً؛ لكثرة الغرر، ذكره الباجي^(١) وغيره.

رابعها: جهل المتعاقدين بكميته، وسيأتي هذا الشرط من كلام المصنف.

خامسها: أن يكونا عالمين بالجزر.

اللخمي: فإن كان قوم لا يعتادون ذلك أو اعتاده أحدهما لم يجز؛ لأن الغرر يعظم.

سادسها: أن يكون في أرض مستوية، ذكره جماعة.

وقوله: (أَوْ قُلَّ ثَمَنُهُ) ظاهره ولو قصدت آحاده، وبذلك صرح ابن راشد، ومثل ذلك بالبيض والرمان والقثاء واللوز والأترج والبطيخ، وكذلك قال ابن عبد السلام، فإنه قال: الفقوس والبطيخ والرمان وشبهه من المعدود الذي تقصد آحاده ولا يتعلق الغرض بعدد عندهم يجوز بيعه جزافاً.

ابن عبد السلام: ويقع في بعض النسخ (أو قل عدده) موضع (ثمنه) وذكر الثمن هو الصواب، وأما قلة العدد فإنما تناسب المنع؛ لأنه لا كبير كلفة في عدده، إذ هو مما تقصد آحاده ويتعلق الغرض بعدده، فإن قل ثمنه قام ذلك مقام كونه لا تقصد آحاده. انتهى. وقد صرح ابن أبي زيد^(٢): بأن ما قل ويمكن عده بلا مشقة لا يجوز بيعه جزافاً، ومنع

(١) «المنتقى» ٦/ ٣٣٠.

(٢) «النوادر والزيادات» ٦/ ٧٥.

ابن القاسم في «العتيبة» ^(١) شراء الخشب الملقى بعضه على بعض جزافاً ؛ لأنه تخف مؤنة عده بمنزلة الغنم ، قال : ولا بأس بشراء صغار الخشب جزافاً .

تنبيه :

ما قدمناه من بيع العصافير جزافاً نص عليه مالك ، وأوله ابن القاسم على أن ذلك بعد الذبح ، وأما قبله في الأقاص فلا ؛ لأن بعضها يدخل في بعض فلا يمكن حرزه .

وكذلك نص ابن حبيب على الجواز بعد الذبح وعلى عدمه قبله .

وفي «الموازية» لا بأس ببيع برج الحمام بما فيه جزافاً .

وفي [الطراز] ^(٢) ذكر القاضي أبو الوليد في كتابه «الكبير» : أن بيع الطير في القفص جزافاً غير جائز باتفاق .

وفي بيع الحمام في الأبراج قولان بالجواز والمنع ، بناء على أن عدها ممكن أو لا .

وَفُرِّقَ بَيْنَ ظَرْفٍ مَمْلُوءٍ ، وَمَلْئِهِ وَهُوَ فَارِغٌ ابْتِدَاءً ، أَوْ بَعْدَ أَنْ اشْتَرَاهُ جُزَافاً وَفَرَّغَهُ .

أي : ولأجل اشتراطنا في الجراف أن يكون مريئاً ؛ فرق بين ظرف مملوء فيجوز بيع ما

فيه جزافاً ، وبين ملئه وهو فارغ ابتداء ، وبين ملئه ثانياً بعد أن اشتراه أولاً جزافاً فلا يجوز فيهما لعدم الرؤية .

وكذا نص عليه ابن القاسم وأصبغ ومحمد وغيرهم .

المازري : وقد يهجنس في النفس أنه لا فرق بين ما أجازوه ومنعوه ؛ إذ لا يختلف

حز الحازر لزيت في قارورة أو لمقدار ملئها زيتاً ، ولهذا اختار ابن يونس جواز شراء ملء

هذه القارورة ، قال : ولو قاله قائل في الغرارة لما بعد وهو في القارورة أين ؛ لأن ملئها لا

يختلف .

ولا يقال : يرد على التفرقة التي ذكرها المصنف ما أجازته في «العتيبة» من شراء سلة

تين ثانياً بدرهم بعد أن اشتراها أولاً لقوله : بخلاف غرارة القمح ، ألا تراه لا يسلم في

غرارة القمح ويسلم في سلتين تيناً ؛ لأنه معروف ، فإنه أشار في تعليل المسألة إلى أن السلة

في التين مكيال له كالوبية بالنسبة إلى القمح ، فصار كأنه إنما اشترى شيئاً معلوماً ، وأكد

ذلك بقوله : بخلاف غرارة القمح .

(٢) في ط : «الطرر» .

(١) «البيان والتحصيل» (٧/٤٦٢) .

فرع :

واختلف أصحابنا إذا وقع التبائع بمكيال مجهول، قال أشهب : لا يفسخ وجعله بمنزلة الجزاف، ورأي غيره: أنه يفسخ ؛ لأن العدول عن المعتاد له من المكيال إلى المجهول غرر .
فَأَمَّا الْغَائِبُ وَنَحْوُ الْقَمْحِ فِي التَّبْنِ قَوْلَانِ .

أي: ولا يجوز بيع الجزاف غائباً، وعطفُ القمح في التبن على الغائب ؛ إما من باب عطف الخاص على العام ، وإما أنه ليس غائباً حقيقة ولكنه في حكم الغائب .
ولا خلاف فيما ذكره المصنف ، قاله صاحب «الإكمال» (١).

بِخِلَافِ الزَّرْعِ قَائِماً ، وَكَذَلِكَ الْمَحْصُودُ عَلَى الْأَشْهَرِ .

لا خلاف عندنا في جواز القائم ؛ لما في «الصحيح»: أنه - عليه الصلاة والسلام - نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري، والأشهر في المحصود الجواز قياساً على القائم، وقيل بالمنع قياساً على ما كان منه حال الدرس ، وهو قول التونسي .

وظاهر كلامه : أن الجواز أعم من أن يكون حُزماً أو لا ، وينبغي أن يقيد بما إذا كان حُزماً ، فقد قال صاحب «الإكمال» (٢) : لا خلاف أنه لا يجوز بيعه إذا خلط في الأندر للدراس ، أو كدس بعضه على بعض قبل تصفيته . واختلف عندنا إذا كان حُزماً أو قطعاً يأخذها الحزر والتحري على قولين .

ولو رأى المشتري ما في الأندر وهو قائم قبل أن يحصد جاز ؛ لأنه علم حزره وهو قائم .

ابن عبد السلام : وينبغي أن يكون خلافاً في حال ، فإن لم يختلط وبقي السنبل إلى جهة واحدة ، فالنفس أميل إلى الجواز ولا يحاط به مع ذلك كما يحاط بالقائم ، وإن كان على خلاف هذه الحال فلا شك في المنع .

خليل : وقد يمشي كلام المصنف على ظاهره ، ويعتمد في ذلك على ما نقله

(١) «الإكمال» (٥/١٥٤) .

(٢) «الإكمال» (٥/١٦٩) .

الباجي^(١) ، فإنه قال : روى القاضي إسماعيل أنه يجوز بيعه في أندره وقبل درسه .

وروي عن ابن نافع أنه لا يجوز بيعه إلا إذا كان حُرماً يرى سنبله وينظر إليه .

فعطفه قول ابن نافع على رواية القاضي دليل على أنه يجوز على رواية القاضي وإن

لم يكن حُرماً .

وَالْمَسْكُوكُ ، وَالتَّعَامُلُ بِالْوَزْنِ يَجُوزُ جُزْأً ، وَبِالْعَدَدِ لَا يَجُوزُ ، وَقِيلَ : فِيهِمَا قَوْلَانِ .

احترز بالمسكوك من التبر والمصوغ ونحوهما ، فيجوز جزأً .

المازري : ولو كان الحلبي محشواً ، إذا عرف قدر الساتر للمحشو من الذهب والفضة

بأن تعلم رفته من غلظه وأمكن حرزه .

وشمل قوله : (وَالْمَسْكُوكُ) الفلوس ، وهو صحيح نص مالك في «الموازية» عليه .

قوله : (وَالْتَّعَامُلُ بِالْوَزْنِ) أي : كدراهم مصر ، وهي المجموعة يجوز بيعها جزأً ،

وإن كان التعامل بالعدد كدراهم المغرب فلا يجوز بيعها جزأً .

وحكى ابن بشير ، وابن شاس^(٢) عن القاضي أبي الحسن الكراهة إذا كان التعامل

بالعدد .

واعلم أنه نص في «المدونة» على منع بيع الدراهم والدنانير جزأً وأطلق ، وحملها

اللخمي على الإطلاق ولم يذكر في المنع خلافاً إذا كان التعامل بالعدد .

وحكى عن ابن القصار الكراهة فيما إذا كان التعامل بالوزن .

قال المازري : اختلف البغداديون في معنى المنع ، فقال ابن القصار : إنه كرهه ، وإليه

أشار ابن عبد الحكم بقوله : لم أر أحداً من أصحابنا يجترئ على فسخ بيع الدراهم

والدنانير جزأً .

وذهب الأبهري وعبد الوهاب إلى أن المنع على التحريم .

فمقتضى قول ابن القصار : عدم الفسخ ؛ لأنه مكروه ، ومقتضى قول الأبهري وأبي

محمد الفسخ إذا لم يراعيا الخلاف .

(١) «المنتقى» (١٤٩/٦) .

(٢) «الجواهر» (٣٤٢/٢) .

واختلف في علة المنع ، فقال ابن مسلمة : لكثرة ثمن العين فيكثر الغرر وهو منقوض ؛ لإجازتهم بيع الحلي جزافاً ، واللؤلؤ إذا لم تقصد أحاده ، وإن كان القاضي أبو محمد أطلق عدم جواز بيع الجواهر جزافاً ، لكن التحقيق ما قلته .

وعلل الأبهري وأبو محمد المنع : بأن الغرر هنا من وجهين ؛ من جهة الكمية ، ومن جهة الآحاد ؛ لأنه يرغب في كثرة أحاده ليسهل شراء السلع اليسيرة الثمن ، بخلاف غيره من المبيعات ، فإن الغرر فيها إنما هو من جهة واحدة وهي جهة الكمية . انتهى كلام المازري .

وقول المصنف : «وقيل: فيهما قولان» ؛ أي : سواء كان التعامل بالوزن أو بالعدد ، هذه طريقة الباجي ، وبنى الخلاف في ذلك على الخلاف في الدنانير والدرهم ، هل تتعين بالعقد أو لا ؟ فإن قلنا : إنها لا تتعين بالعقد لم يجز بيعها جزافاً ؛ لأن العقد عليها يتناول الذمة ، والجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة .

وإن قلنا : تتعين جاز بيعها كسائر الموزونات والمكيلات ، وهذا فهم حسن من المصنف لكلام الباجي ، وإن كان ابن بشير إنما نقل عن الباجي أنه قال : إن كان التعامل بالعدد لم يجز المجازفة باتفاق ، وإن كان وزناً فقولان ، فإن كلام الباجي لا يؤخذ منه الاتفاق فيما إذا كان التعامل بالعدد ، وتعليله بالتعيين وعدمه ينافيه .

خليل : ولكن في كلام الباجي نظر من جهة أخرى ؛ وذلك أنه ينبغي إن قلنا : إن الدرهم والدنانير لا تتعين ، فينبغي أن يتفق هنا على تعيينها لأنها جزاف ، والجزاف مجهول والذمة لا يكون فيها مجهول ، والله أعلم .

وشرطُ الجزافِ استواءُهما في الجهلِ بقدره .

أي : وشرط جواز بيع الجزاف استواء البائع والمبتاع في الجهل بقدر المبيع ؛ لأنهما لو اشتركا في العلم بقدره لم يكن جزافاً ، وإن انفرد أحدهما لم يجز العقد عليه ، ولا سيما إن أعلمه بعلمه ؛ لأنهما تعاقدتا على مخاطرة وغرر ، وهذا أولى من كلام ابن عبد السلام .

فرع :

لا إشكال فيما ذكره المصنف في المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف مقاديره بالكبر والصغر .

وأما المختلف كالقضاء والبطيخ ، فقد روى ابن وهب عن مالك في «المبسوط» : جواز بيعه ممن يعرف عدده جزافاً .

وقال ابن المواز : إذا عرف أحد المتبايعين العدد لم يجوز بيعه جزافاً .

وجه الباجي الرواية الأولى بأن الغرض في مبلغه دون عدده ، فإذا انفرد بمعرفة عدده فلم ينفرد بمعرفة المقدار المقصود منه ، كما لو انفرد بمعرفة عدد القمح أو معرفة وزنه .

فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي بَعْلَمِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَلَهُ الْخِيَارُ .

فإن علم المشتري بعلم البائع بقدر المبيع جزافاً بعد العقد فللمشتري الخيار ، كما لو اطلع على عيب دلس به البائع .

وحكى عبد الوهاب^(١) عن ابن القصار استشكل كون هذا عيباً؛ لأن العيب إذا علم به البائع جاز للمشتري الرضا به ، ولو أعلم البائع المشتري بأنه عالم به ورضي كان فاسداً، نص على الفساد في كتاب محمد .

وحكى سحنون أن البيع جائز ، واستبعده ابن عبد السلام .

خليل : ويمكن أن يجاب عما أورده ابن القصار ، بأنه هنا إذا أخبره بأنه عالم بكيله ثم اشترى منه بعد ذلك ، فقد دخل معه على المغامرة والمخاطرة ، بخلاف غيره من سائر العيوب .

وأجاب القاضي أبو محمد على الإشكال بأنه : لا ملازمة بين أن يكون الشيء يفسد به العقد إذا قارنه ، ولا يفسد إذا اطلع عليه بعد ذلك ؛ لدخوله في الأول على الغرر دون الثاني ، كما قال سحنون فيمن باع أمة وشرط أنها مغنية أن البيع فاسد ، ولو اطلع على ذلك لم يفسد وكان له الخيار .

خليل : وعلى هذا فلا يصح بيع المغنية مع التبيين بعد العقد ، وإنما يجوز بيعها بشرط عدم التمييز ثم يبين بعد العقد ، وفيه نظر .

وينبغي أن يقيد ما قالوه : من أنه لو ذكر أنها مغنية لم يجوز شراؤها بما إذا كان القصد من ذلك زيادة الثمن ، وأما إن كان القصد التبري فيعجز .

(١) «الإشراف» (٢/٥٧٣) .

وقوله : (فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي) يريد : وكذلك العكس ، فقد ذكر المازري أن المعروف من المذهب مساواة البائع في ثبوت الخيار له إذا اطلع على علم المشتري كالعكس ، قال : ورأيت بعض أصحابنا حكى فيه عن بعض أهل المذهب خلافاً ، وأن البائع لا خيار له .

ابن رشد^(١) : فإن فات المبيع في مسألة الجزاف التي حكموا فيها بتخيير المشتري لزم فيه الأقل من الثمن أو قيمة الجزاف ، وفي مسألة الجزاف التي حكموا فيها بفساد البيع إن فاتت الصبرة ففيها القيمة ما بلغت .

قال : وإن أراد المبتاع أن يصدق البائع في الكمية وردها له لانبغي ألا يجوز على أصولهم في الاقتضاء من ثمن الطعام طعاماً .

فرع :

وهل يجوز أن يجمع مع الجزاف غيره في عقدة واحدة ؟

اعلم أولاً أن من الأشياء ما الأصل فيه أن يباع كيلاً ويجوز جزافاً كالحبوب .

ومنها : ما يباع جزافاً ويجوز كيلاً كالأرضين والثياب .

ومنها : عروض لا يجوز بيعها كيلاً ولا وزناً كالعبيد والحيوان .

فالجزاف مما أصله أن يباع كيلاً كالحبوب لا يجوز بيعه مع المكيل منه ، ولا مع المكيل مما أصله أن يباع جزافاً كالأرضين والثياب باتفاق .

والجزاف مما أصله أن يباع جزافاً لا يجوز أن يباع مع المكيل منه باتفاق أيضاً ، واختلف في بيعه مع المكيل مما أصله أن يباع كيلاً على قولين : أحدهما : الجواز ، وإليه ذهب ابن زرب وأقامه من إجازته في السلم الأول من «المدونة» أن يسلم في ثياب وطعام صفقة واحدة .

ولا خلاف في جواز بيع المكيلين صفقة واحدة وكذلك الجزافان ، ويجوز بيع الجزاف مع العروض صفقة واحدة إلا عند ابن حبيب ، فإنه ذهب إلى أن الجزاف مما أصله أن يباع كيلاً لا يجوز بيعه مع العروض في صفقة واحدة وهو بعيد ، قاله صاحب «المقدمات»^(٢) .

وقال المازري : لا إشكال في جواز بيع الجزافين من الحبوب .

(١) «البيان والتحصيل» (٢٦٣/٧) .

(٢) «المقدمات» (٧٣/٢) .

واختلف في جزاف ومكيل؛ فمن أجاز رأى أن الغرر لم يكثر بإضافة هذا المكيل إلى الجزاف، ومن منع رأى المكيل معلوم مبلغه والجزاف مظنون، واجتماع معلوم ومظنون في عقد واحد يصير في المظنون غرراً لم يكن فيه، وكذلك اختلف إذا ضم إلى المكيل ثوب أو عرض .

خليل : وحكاية المازري الخلاف في الفرع الأول خلاف ما في «المقدمات» .

قال في «المقدمات»^(١) : أما بيع الجزاف على الكيل ، فلا يضاف إليه شيء في البيع بحال على الصحيح من الأقوال ، وهو مذهب ابن القاسم .

وأما بيع الجزافين على الكيل ، فإن كانا على صفة واحدة وكيل واحد جاز باتفاق ، وإن اختلف الكيل والصفة جميعاً لم يجز باتفاق ، وإن اتفق أحدهما واختلف الآخر جاز عند أشهب ولم يجز عند ابن القاسم .

ورؤية بعض المثلي كالقمح والشعير ، والصوان كقشر الرمان والبيض كافيةٌ .

يعني : ليس من شرط البيع عندنا أن يرى جميع المبيع ، بل رؤية بعض المثلي كافية في جواز العقد على الجميع لتمامل آحاده كالقمح والشعير ، ولا فرق في ذلك بين ما كان حاضراً بالبلد أو غائباً ، وينبغي الاحتفاظ على المعين فيكون كالشاهد عند التنازع .

وقوله : (والصَّوَان) أي : ورؤية ما له صوان كافية عن المصون، والصوان: بكسر الصاد وضمها : الوعاء الذي يصونه ويحفظه ، ونقل الجوهرية ثالثة وهي صيان .

وتقييد المصنف بالمثلي يدل بمفهومه أنه لا يكفي ذلك في المقوم ، وهو ظاهر المذهب ، وهو مفهوم «المدونة» في بيع الخيار .

ومن نص على عدم اللزوم في المقوم الشيخ أبو محمد ، وابن شبلون ، وعبد الحق وغيرهم من الشيوخ .

الشيخ : ولو قال قائل : إنه كالمثلي يلزم باقيه إذا كان على الصفة ، ما بعد .

خليل : وهو مقتضى ما في سماع ابن القاسم من «العتبية» ، قال : ومن باع أعدالاً من كتان أو بز ونظر إلى ثوب أو ثوبين؛ أو رطل أو رطلين ثم وجد الباقي لا يشبه؛ فأما ما

هو قريب مما رأى فلا رد له ، وكذلك القمح والتمر في بيت يكون أوله خيراً من داخله .
وأما التغيير القريب فلا حجة له ، وأما الأمر الفاسد فليرد . انتهى بمعناه .

ابن رشد (١) : وهي مسألة صحيحة مبينة لما في «المدونة» وغيرها .

قال في «المدونة» (٢) : وإن خرج آخر الخنطة مخالفاً لأولها ، لم يلزم المشتري من ذلك شيء وله رد الجميع إن كان الاختلاف كثيراً ، وليس للمبتاع أن يقبل ما رضي بحصته من الثمن ويرد ما خرج مخالفاً إلا أن يرضى البائع ، ولا للبائع أن يلزمه ذلك إذا أبى المبتاع وكان الاختلاف كثيراً ، وكذلك في جميع ما يوزن أو يكال .

عبد الحق (٣) : وإنما يلزم الباقي إذا وافق ، بشرط ألا يكون الأول معيباً ؛ لأنه يقول : ظننت أن الباقي سليم فاعتفرت العيب فيما رأيت أولاً .

وقوله : (إن كان الاختلاف كثيراً) .

أبو الحسن : اختلف في حد الكثير ؛ فقال أبو محمد : النصف ، وقال أبو إسحاق : الثلث ، وقال ابن يونس : الربع .

وقد ذكر ابن رشد (٤) أن وجود العيب بالطعام على خمسة أوجه ، وقد ذكرت كلامه عند قول المصنف : وتلف بعضه أو استحقاقه كرده بعيب ، فانظره .

وَالرُّؤْيَةُ تَتَقَدَّمُ بِمُدَّةٍ لَا يَتَغَيَّرُ فِيهَا كَافِيَةٌ .

أي : يجوز العقد على سلعة غائبة برؤية متقدمة إذا مضت مدة لا تتغير فيها إلى وقت العقد .

ومفهوم كلامه : أنه لو مضت مدة تتغير فيها لا يجوز العقد ، وبذلك صرح ابن شاس (٥) ، فقال : وأما البيع على رؤية متقدمة فيشترط في صحته ألا تطول مدة الرؤية طولاً يتوقع فيه تغير المبيع عادة ، وكذلك يفهم من كلام بعضهم .

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٦١) .

(٢) «المدونة» (٣/ ٢١٨) .

(٣) «النكت والفروق» (٢/ ٣٧) .

(٤) «البيان والتحصيل» (٧/ ٢٨٨) .

(٥) «الجواهر» (٢/ ٣٤٧) .

وفي ابن يونس^(١): وإن رأى عبداً منذ عشرين سنة ثم اشتراه على غير صفة، قال : إذا طال ذلك وتقدم [قدر]^(٢) ما يتغير العبد في مثله فالباع فاسد إلا بصفة مستقبله .

وفي «كتاب محمد» : الباع جائز إذا علم البائع المشتري قد كان رآه ؛ لأنه إنما باعه على تلك الصفة التي كان رآها، زاد أبو محمد^(٣) : ولا ينقده . انتهى .

وفي «اللخمي» : وإن بعدت الرؤية بما يمكن أن تتغير فيه لم يجز بشرط النقد ، وإن لم يشترط النقد جاز .

وهو الذي يأتي على ما ينقله المصنف عن «المدونة» أنه يجوز الشراء من غير صفة .
وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ فِي بَقَائِهِ خِلَافاً لِأَشْهَبَ .

أي : إذا حصل العقد برؤية متقدمة ؛ فلما رأى المشتري المبيع عند القبض زعم أنه تغير عن حالته الأولى إلى ما هو دون، فقال ابن القاسم : القول للبائع .

وقال أشهب : القول للمشتري بناء على أن الأصل بقاء ما كان على حاله أو براءة ذمة المشتري من الثمن .

أما لو تنازعا في عين السلعة، فالقول للمشتري بالاتفاق مع يمينه، لأنه لم يرد نقض بيع في سلعة اتفقا على البيع فيها .

وقيد اللخمي الخلاف بأن يكون ما مضى من المدة يشكل الأمر، هل يتغير فيه أم لا؟ أما إن قرب ما بين الرؤيتين بحيث لا يتغير في مثله، فالقول قول البائع اتفاقاً، وكذلك العكس إذا بعد ما بينهما مما يقال : إن المبيع يتغير فالقول للمشتري .

قال : وتسقط اليمين عن البائع حيث يقطع بكذب المشتري، كما إذا اشترى زيتاً أو قمحاً بالأمس، ويقول : اليوم قد تغير الزيت واحمرّ وتسوس القمح .

وَيُشْتَرَطُ فِي لُزُومِ بَيْعِ الْغَائِبِ وَصْفُهُ بِمَا يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِهِ ، وَفِيهَا صَرِيحٌ فِي الْجَوَازِ مِنْ غَيْرِ صِفَةٍ ، وَلِلْمُشْتَرِي حَاصَّةُ الْخِيَارِ ، وَأَنكَرَهُ بَعْضُهُمْ ...

قوله : (وَيُشْتَرَطُ فِي لُزُومِ) ظاهره أن الجواز لا يشترط فيه ذلك ويخير في أخذه وتركه، وهو معنى ما ذكره عن «المدونة»^(٤)، فكان ينبغي أن يقول : ويشترط في جواز؛

(١) «الجامع» (٨ / ٤٧٧) .

(٢) زيادة من «الجامع» .

(٣) «النوادر والزيادات» (٦ / ٣٤٧) .

(٤) «المدونة» (٣ / ٢٥٥) .

ليكون ما في «المدونة» خلافاً.

والقول الأول نسبته في «المدونة» لبعض كبار أصحاب مالك.

وما في «المدونة» مقيد بما إذا انعقد البيع على أن المشتري بالخيار، وأما إن انعقد على الإلزام، أو سكتا عن شرط الخيار فالبيع فاسد.

وكلام المصنف لا يقتضي أن ذلك من شرط الصحة؛ لاحتمال أن يكون قوله: (وَلِلْمُشْتَرِي خَاصَّةُ الْخِيَارِ) من نتائج العقد لا أنه مشروط وليس كذلك.

ابن عبد السلام: وظاهر ما في السلم الثالث من «المدونة»؛ أنه لا يشترط ذكر جنس المبيع بالكلية، وأنكر الأبهري، وابن القصار، وعبد الوهاب ما وقع في «المدونة».

وزعم بعضهم أن هذه المسألة إنما هي من كلام الحنفية؛ لأن أسد بن الفرات سألهم أولاً ثم أخذ بمذهب مالك، وأن أسد بن الفرات أبقاها في «المدونة» وهو باطل؛ لأن نسبة الوهم بغير دليل إلى أسد وسحنون لا يجوز.

المازري: وما في «المدونة» هو المعروف ونقله اللخمي عن جل الأصحاب.

وقال في «المقدمات»^(١): وفي «المدونة» في كتاب الغرر دليل على أنه لا بد من الوصف، وهو الصحيح الذي يحتمله القياس.

وَأَنْ لَا يَكُونَ بَعِيداً جِداً كَأَفْرِيقَةٍ مِنْ خُرَّاسَانَ.

هذا شرط ثان لبيع الغائب، وهو معطوف على وصفه؛ أي: ويشترط في جواز بيع الغائب كونه غير بعيد جداً، لكثرة الغرر فيه.

وَلَا قَرِيباً جِداً تُمْكِنُ رُؤْيُوتُهُ بِلَا مَشَقَّةٍ عَلَى الْأَشْهَرِ.

هذا شرط ثالث، وهو شرط في الجواز كالثاني؛ لأن عدولهما عن الرؤية مع إمكانها إلى الصفة ضرب من الغرر.

وما ذكر أنه الأشهر هو مذهب «الموازية»، ومقابله مذهب «العتبية» فقد أجاز فيها بيع ما في صندوق بين أيديهما على الصفة، وظاهر «المدونة» الجواز في خمسة مواضع.

ففي آخر السلم الثالث : وإن ابتعت من رجل رطل حديد بعينه في بيته ثم افترقتما قبل قبضه ووزنه جاز ذلك .

وفي الرد بالعيب : وإن ابتعت سلعة حاضرة بسلعة في بيتك أو بموضع قريب يجوز فيه النقد ووصفتها جاز ذلك .

وفي بيع الغرر : وإن استأجرت منه داراً بثوب في بيتك ووصفته ثم اشتريته منه وهو بيدك بعين أو بثوبين من صفته أو بسكنى دار لك فجائز .

وفي آخر الجعل : لما ذكر بيع الزرع على أن الدرس على البائع ، قال : وليس ذلك كحنطة في بيتك ، تلك لا بد فيها من صفة أو عيان .

وفي أكرية الدور : وإن أكريته داراً بعبد بعينه على أن تقبضه فمات بيد المكتري ، فهو منك والكراء يلزمك كالبيع ، وإن كان بثوب بعينه في بيت المكتري وقد وصفه كان منه وانتقض الكراء .

فهذه المواضع تدل على أن الأشهر الجواز ، لكن ذكر ابن شاس^(١) : أن الأصحاب نزلوا ما في « المدونة » من تجويز العقد بالسوق على سلعة في البيت على ما إذا كان في رؤيتها مشقة وكلفة .

فَإِنْ كَانَ بِمَشَقَّةٍ جَازَ عَلَى الْأَشْهَرِ .

أي : فإن كان إمكان رؤية الغائب بمشقة جاز بيعه على الصفة على الأشهر ، فهذا كبيع الأعدال على البرنامج وكبيع الغائب على مسافة يوم .

والأشهر مذهب « المدونة » و« الموطأ » ومقابله في « مختصر ابن شعبان » : منعهما .

وَفِيهَا : وَيَجُوزُ بَيْعُ الْأَعْدَالِ عَلَى الْبَرْنَامِجِ ، بِخِلَافِ السَّاجِ الْمُدْرَجِ وَشِبْهِهِ ، فَرَّقَ بَيْنَهُمَا عَمَلُ الْمَاضِينَ وَأَجَازَهُمَا ، وَذَا مَسَافَةٍ يَوْمٍ مُدَّةً وَمَنْعَهَا مُدَّةً .

ذكر مسألة « المدونة » استدلالاً على ما ادعاه من الأشهر .

والبرنامج : بفتح الباء وكسر الميم ، وهي لفظة فارسية استعملتها العرب ، والمراد بها : الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل .

والساج المدرج: طيلسان مطوي، والمراد بشبه الساج، الثوب المدرج في طيه ولم يكن رفيعا كما في الساج.

والضمير في (أجاز) عائد على مالك، والضمير في: (هُما) عائد على الساج المدرج والبرنامج، (وذا) معطوف على مفعول أجاز، أي: وأجاز ذا مسافة يوم مرة، وهو قوله في «الموازية»: ومنع الجميع، وهو قوله في «مختصر ابن شعبان».

وحاصل ما ذكره في البرنامج، والساج، وذا مسافة يوم، ثلاثة أقوال؛ يفرق في المشهور فيجوز في البرنامج، وما على مسافة يوم، ويمنع الساج وهو مذهب «المدونة».

فرع: ولا يشترط في جواز البيع على الصفة أن يصفه غير البائع على ظاهر المذهب وأخذه جماعة من «المدونة».

ابن العطار: وبه العمل.

وفي «الموازية» و«العتبية» (١): اشترط ذلك لأن البائع لا يوثق بصفته، إذ قد يقصد الزيادة في الصفة لينفق سلعته.

وذكر المتيطي أن الشيوخ اختلفوا في تأويل «المدونة» على القولين، وجعل اللخمي وصاحب «المقدمات» (٢) ذلك شرطاً في جواز النقد.

اللخمي: ويشترط في البيع على الصفة أن يكون المشتري ممن يعرف ما وصف له.

ثُمَّ إِنْ صَحَّتِ الصِّفَةُ فَلَا خِيَارَ.

أي: فإن اتفق المتبايعان، أو شهدت بينة عند اختلافهما أن المعقود عليه موافق للصفة التي وقع العقد عليها، لزم البيع ولا مقال لواحد منهما، ونبه به على خلاف أبي حنيفة، فإنه يرى الخيار للمشتري ولو وافقت الصفة.

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي.

أي: عند تنازعه مع البائع، هل صفة المبيع الآن هي التي وقع عليها التعاقد أم لا؟ والفرق بينه وبين ما تقدم من أنه إذا انعقد على رؤية متقدمة وتنازعا، فالقول قول البائع

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٢٠).

(٢) «المقدمات» (٢/ ٨٣).

على الأشهر أن البيع في مسألة الرؤية معلق على بقاء صفة المبيع والأصل بقاؤها، فمن ادعى الانتقال فهو مدع وهو المشتري، بخلاف البيع على الصفة فإن الأصل عدمها وهو موافق لقول المشتري.

وَيَرْجِعُ فِي كَوْنِهِ عَلَيْهَا لِأَهْلِ الْمَعْرِفَةِ .

أي: إذا اتفقا على أن البيع وقع على الصفة واختلفا في المبيع، هل هو عليها أم لا؟
نظر أهل المعرفة، فإن قالوا: إنه عليها لزمه، وإلا فلا.

وانظر هل يكتفي بواحد أو لابد من اثنين؟ وانظر إذا اختلف أهل المعرفة.

وَالْأَعْمَى يَصِحُّ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ بِالصِّفَةِ، وَقِيلَ: إِلَّا الْأَصْلِيَّ .

ذكر الأعشى في بيع الغائب؛ لكونه لما كان لا يبصر وإنما يشتري على الصفة شابه شراؤه شراء الشيء الغائب، والظاهر أن الصحة في الأعشى أظهر منها في بيع الغائب على الصفة، لأن الأعشى أعذر، إذ لا يمكن في حقه إلا ذلك.

فإن قيل: يمكنه التوكيل.

قيل: لا يمكنه ذلك في كثير من الصور.

وحاصل ما ذكره المصنف فيه: أنه إن تقدم منه إبطار صح بيعه وشراؤه اتفاقاً.

وإن لم يتقدم، فقال عبد الوهاب^(١): يصح بيعه وشراؤه، ومنع ذلك أبو جعفر الأبهري، هكذا نقل اللخمي.

ابن عبد السلام: وفي معنى من لم يتقدم له إبطار من تقدم له إبطار في سن الصغر حتى لا يتخيل الألوان، قال: وينبغي أن يكون الخلاف في الصفات التي لا تدرك إلا بحاسة البصر، وأما ما يدرك بغير ذلك فلا مانع، والأصلي: هو الأكمة.

وَالنَّقْدُ فِي الْغَائِبِ بَعْدَ شَرْطِ جَائِزٍ .

أي: وبشرط لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون تارة مبيعاً وتارة سلفاً، وهذه المسألة في النقد بشرط وجوازه بغيره المبيع على عهدة الثلاث، والأمة المتواضعة والمبيع على

الخيار، والأرض المباعة على المزارعة، ومسائل الجعل، وإذا اشترط في الأجير المعين والدابة المعينة أن تقبض منفعتها بعد شهر، وإنما جاز النقد مع عدم الاشتراط، لضعف التهمة.

وظاهر كلام المصنف - وهو ظاهر «المدونة»، على ما نص عليه عياض: أن نقد الثمن في الغائب بغير شرط جائز في كل شيء، وذهب ابن محرز إلى أنه يجوز التطوع في المثلي من المكيل والموزون، لأن الغائب إن هلك أو وجد على غير الصفة وانحلت العقدة رد مثله فلم يكن على أحد ضرر، بخلاف السلع والرباع فإنها قد تتغير فيردها ناقصة فيضر ذلك بالبائع، أو تهلك فيغرم المشتري قيمتها، فكأن البائع يدفعها على أنه إن سلمت الصفة كانت للمشتري وإن انحلت رد القيمة.

قال: ولو دفع العروض على أن البيع إن انحل رد مثلها جاز، ولو كان الثمن سكتى دار لم يجز نقدها بشرط ولا طوع.

وقال اللخمي: إنما يجوز النقد إذا كان الثمن مما يصح فرضه؛ لأن تعجيل الثمن بغير شرط فرض، فإن كان الثمن داراً أو جارية أو جزاً فلا يصح تعجيله.

قال: وإن تطوع المشتري بالنقد في هذا لم يصح البيع ويرجع بمثل ما دفع لا بقيمته؛ لأنه قرض فاستوى فيه المكيل والموزون والعبيد والثياب، ولو عجل الثمن على أن يرجع بالقيمة إن لم يجد المبيع لم يجز؛ لأنه بيع على قيمة مجهولة.

وإن لم يشترطاً في حين التعجيل الرجوع بالقيمة ولا المثل وكانا يظنان أن الحكم الرجوع بالقيمة، حُمل على ذلك ويرجع بالقيمة - كالبيع الفاسد - إذا كان الثمن عبداً أو ثوباً . انتهى .

ابن راشد: وقوله : إذا تطوع المشتري بتعجيل ذلك فسد البيع .

وفيه نظر، وكيف يفسد البيع بشيء وقع منفكاً عنه، وإنما ينبغي أن يفسد القرض خاصة، فتأمل.

فَإِنْ شَرَطَ فِي الْعَقَارِ وَشِبْهِهِ جَازَ وَإِنْ بَعْدَ خِلَافٍ لِأَشْهَبَ .

يعني: وإن وقع البيع في العقار وشبهه، والمراد بـ(وشبهه) الأشجار وعيون الماء، جاز شرط النقد ولو كان بعيد الغيبة.

الباجي^(١) : وهو المشهور لغلبة الأمن فيها .

ونقل الباجي^(٢) عن أشهب ما نقله المصنف ، من أنه منع اشتراط النقد مع البعد ، وإنما يجوز اشتراط النقد على المذهب إذا لم يشتريها بصفة صاحبها ، كذا روى أشهب عن مالك .

ابن رشد^(٣) : وهو تفسير لما في «المدونة» وغيرها ، والعقار بفتح العين ، الجوهرى^(٤) : الأرض والضياع والنخل ، ومنه قولهم : ما له دار ولا عقار .

تنبيه: وهذا الخلاف إنما هو إذا بيع العقار جزأفاً ، وأما إن بيع مزارعة فلا يصح النقد فيها ، قاله أشهب في «العتبية»^(٥) .

وكذلك قال مالك : من اشترى داراً غائبة مزارعة لم يجز النقد فيها ، وكذلك الحائط على عدد النخل .

قال مالك في «العتبية» : وضمانها من بائعها .

وَفِيمَا قَرُبَ مِنَ الْحَيَوَانِ قَوْلَانِ .

أي : وفي جواز شرط النقد فيه قولان ؛ قال في «المدونة» : ومن باع عروضاً ، أو حيواناً ، أو رقيقاً ، أو ثياباً بعينها خاصة حاضرة أو قرية الغيبة مثل يوم أو يومين جاز ذلك ، وجاز النقد فيه بشرط .

والقول بالمنع لابن عبد الحكم .

وَفِي قُرْبِهِ خَمْسَةُ أَيَّامٍ، وَيَوْمَانِ، وَنِصْفُ يَوْمٍ، وَبَرِيدٌ وَبَرِيدَانِ .

أي : وفي حد القريب .

وكان ينبغي أن يقول : يوم ونحوه ، فإنه كذلك روي عن مالك في «المدونة» ، والقول باليومين مذهب «المدونة» كما تقدم ، ونصف اليوم نقله ابن شاس^(٦) ولم يعزه ، ولعله راجع إلى البريد .

(٢) «المنتقى» (٦/٣٦٣) .

(١) «المنتقى» (٦/٢٨٦) .

(٤) «الصحيح» (١/٤٨٥) .

(٣) «المقدمات» (٢/٨٣) .

(٦) «الجواهر» (٢/٣٤٩) .

(٥) «البيان والتحصيل» (٧/٣٢٥) .

والقول بالبريدين لمالك أيضا - والبريد: اثنا عشر ميلا - ونقل اللخمي عن ابن وهب: أنه كره النقد في الطعام وإن كان على نصف يوم ، قال : لأنه يسرق ويفسد بالمطر إلا أن يكون قريباً جداً .

وَفِيْمَا قُرْبَ مَنْ غَيْرِهِمَا الْجَوَازُ بِاتِّفَاقٍ .

أي : غير الحيوان والعقار ، واتفقا هنا على جواز اشتراط النقد دون الحيوان ؛ لأن الأيمن في العروض أقوى منه في الحيوان .

ابن راشد: وما ذكره من الاتفاق لا يصح ، فقد قال ابن رشد (١) : وأما النقد في السلعة الغائبة بالشرط فلا يجوز في بعيد الغيبة ، واختلف قول مالك في قريب الغيبة .

وَفِي ضَمَانِ الْغَائِبِ بَعْدَ الْعَقْدِ ثَلَاثُهَا: مِنَ الْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ ، وَرَابِعُهَا: إِنْ كَانَ عَقَّارًا فَمِنْ الْمُشْتَرِي...

احترز ب (بَعْدَ الْعَقْدِ) من ضمانه قبله فهو من البائع اتفاقاً ، حكاه صاحب «البيان» (٢) و«المقدمات» (٣) .

وظاهر كلامه أن الأول من الأربعة : الضمان من البائع ولو اشترطه على المشتري .
والثاني : عكسه .

والثالث : أنه من البائع إلا أن يشترطه على المشتري .

والرابع : الفرق ، ففي العقار من المشتري ولو اشترطه ، وفي غيره من البائع ولو اشترطه على المشتري .

ابن عبد السلام: ولا وجود للأولين في المذهب أصلاً ، وتردد في الرابع ، قال : والذي حكاه الناس أن مالكا قال أولاً : إن الضمان من المشتري إلا أن يشترطه على البائع ، ثم رجع إلى العكس أنه من البائع إلا أن يشترطه على المشتري ، وهو الذي في «المدونة» (٤) .

(١) «المقدمات» (٨٣/٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٤٢٨/٧) .

(٣) «المقدمات» (٧٦/٢) .

(٤) «المدونة» (٢٦١/٣) .

ثم هل القولان في الرباع، أو الرباع من المشتري اتفاقاً؟ طريقان، والثانية لابن حبيب.
وألحق بالعقار أيضاً ما قرب في أن ضمانه من المشتري باتفاق .

والصواب أن له قولاً في الرباع بأن ضمانها من البائع . وقد يجاب بأن الأول ؛ وهو
أن الضمان من البائع مطلقاً قد أقامه اللخمي من «العتبية»^(١) ، فقال : واختلف على
القول بأن المصيبة من البائع هل يجوز أن يشترطها من المشتري ؟

فأجازه في «المدونة» ، وقال في «العتبية» : لا يجوز بيع الطعام على شرط إن أدركته
الصفة ، مثل الزرع القائم إذا ييس واستحصد ورآه بمنزلة من اشترى ما فيه عقد إجارة ؛
لأن الإجارة تمنع من التصرف في الحاضر كمنع التصرف للغبية .

وأما الثاني : على ظاهره من أنه من المشتري مطلقاً ، فهو متعذر الوجود ، لكن يمكن
أن يقدر على أنه من المشتري إلا أن يشترطه على البائع ، عكس الثالث .

وأما الرابع : فهو للمالك في «الموازنة» ، ففيها : وقال أيضاً : الديار والعقار من
المشتري وما سوى ذلك من البائع .

وهذا هو الذي يؤخذ من كلام المصنف لا على ما زاده ابن عبد السلام فيه .

فرع:

واختلف إذا لم يشترط أحدهما على الآخر الضمان ثم أراد أن يشترطه على الآخر بعد
العقد ؛ فقولان : بالجواز والمنع .

واستشكل اشتراط نقل الضمان من أحدهما إلى الآخر، فإنه ضمان بجعل؛ لأن له
حصة من الثمن .

وأجيب : بأنه إنما اشترط كل واحد منهما على صاحبه ما يلزمه على قول ،
وحاصله : مراعاة الخلاف .

تنبيه:

وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يكن في المبيع حق توفية، وأما إن بيعت الدار مذارعة
فالضمان من البائع بلا إشكال .

(١) «البيان والتحصيل» (٧/٤٢٨) .

وَعَلَى تَضْمِينِ الْمُشْتَرِي لَوْ تَنَازَعَا، فَقَوْلَانِ لَتَعَارُضِ أَصْلَيِ السَّلَامَةِ وَانْتِفَاءِ الضَّمَانِ .

أي : إذا فرعنا على تضمين المشتري فتنازعا في أن العقد صادفها باقية ، أو هالكة ، أو سالمة ، أو معيبة ، فقال ابن حبيب : ضمانها من المشتري .

وذكر اللخمي : أنه مثل قول ابن القاسم في «كتاب محمد» ، بناء على أن الأصل السلامة إلى حين العقد .

وقال ابن القاسم في «المدونة»^(١) : ضمانها من البائع .

ولو قال المشتري : لا أعلم متى ماتت ، فلا يمين على المشتري ، بناء على أن الأصل انتفاء الضمان عن المشتري فلا ينتقل إلى ضمانه إلا بأمر محقق .

وهكذا كان شيخنا وغيره يمشون هذا المحل ، وكذلك مشاهير راشد ، وهو أولى مما قاله ابن عبد السلام .

ولو تنازعا في الثمن فطلب البائع تعجيله وطلب المشتري التأخير ، فهل يكون القول قول البائع ويجبر له المشتري وهو قول أبي بكر بن عبد الرحمن ، أو لا وهو قول أبي عمران وابن محرز وابن القصار .

وقد نبه ابن القصار على الخلاف في ذلك ، وذكر أن الصحيح من مذهب مالك فيما اختاره أبو عمران إلا أن يشترط ذلك في العقد .

واستشكل ابن عبد السلام - رحمه الله - على ما فهمه منشأ الخلاف المذكور ، واعترض عليه أيضاً بناء على ما فهمه بما حاصله : أن هذا الخلاف الذي بين أبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران إنما هو في العقار ، وأما في غيره فلا يلزم نقد الثمن باتفاق .

وقال المصنف : وعلى تضمين المشتري ؛ لأننا لو بينا على تضمين البائع لكان الضمان منه بلا إشكال .

فروع:

ذكر اللخمي : أن من اشترى غائباً فعليه أن يخرج لقبضه ولا يكون على البائع أن يأتي

به .

وَيَحْرُمُ الْفَضْلُ وَالنِّسَاءُ فِيمَا يَتَّحِدُ جَنْسُهُ مِنَ النُّقُودِ، وَمِنَ الْمَطْعُومَاتِ الرَّبَوِيَّةِ، فَلَا بَدَّ

مِنَ الْمُمَائِلَةِ وَالْمَنَاجِزَةِ...

لما قدم الكلام على أركان البيع أتبع ذلك بشروط وموانع ليست عامة في جميع المبيعات .

والفضل : الزيادة .

والنساء : ممدود مهموز التأخير ، نقله الجوهري^(١) وغيره .

وحاصله : أنه إن اتحد الجنس من النقود أو المطعومات الربوية دخل ربا الفضل فلا يجوز شيء منها بأكثر منه ، وربا النساء فلا يجوز شيء منها ولو بمثله نسيئة .

وقوله : (فَلَا بُدَّ مِنَ الْمُمَائِلَةِ) أي : ليتفي ربا الفضل والمناجزة ، ليتفي ربا النساء .
وَيَحْرُمُ النِّسَاءُ حَاصَةً فِيمَا يَخْتَلِفُ مِنَ النُّقُودِ وَمِنَ الْمَطْعُومَاتِ كُلِّهَا .

أي : ويحرم التأخير فقط فيما اختلف نوعه من النقود كالذهب والفضة ، وفيما يختلف من المطعومات كلها ؛ أي : لا يختص ربا التأخير بالربوي ، بل لا يجوز طعام بطعام إلى أجل ؛ سواء كانا ربويين أو لا .

ولا بد من إثبات (من) في قوله : (وَمِنَ الْمَطْعُومَاتِ) كما فعله ؛ لئلا يتوهم تحريم النساء بين النقود والمطعومات ، والأصل فيه ما في «مسلم» عن عبادة بن الصامت ، قال النبي ﷺ : «الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يدأ بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» .

النُّقُودُ الْعَلَةُ غَلَبَتْهَا فِي الثَّمَنِ ، وَقِيلَ : الثَّمَنِ وَعَلَيْهِمَا فِي الْفُلُوسِ ، نَالِثُهَا : يُكْرَهُ..
نحوه في «الجواهر»^(٢) .

والمراد بالنقود : الذهب والفضة على أي صفة كانا ، مسكوكين أو مصوغين أو لا .

واختلف في العلة ؛ فقيل : الثمنية ، أي : مطلق الثمنية من غير تقييد بالغلبة ، أي :

مطلق التعامل من غير اعتبار الغلبة ، وعليه فيدخل الربا في الفلوس .

(١) «الصحاح» (٢/ ١٢٠) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٥٣) .

وقيل : الغلبة في الثمنية ؛ أي : كونها أصول الأثمان غالباً فلا تدخل الفلوس .
وإلى هذا أشار بقوله : (وَعَلَيْهِمَا فِي الْفُلُوسِ ثَالِثُهَا يُكْرَهُ) أي : للتوسط بين
الدليلين ، وجعل قول مالك فيها الكراهة .

وما ذكره المصنف هنا من أن العلة هل هي الثمنية ، أو الغلبة فيها أولى من قول من
قال : إن القول بعدم جريان الربا في الفلوس مبني على أن الربا في الذهب والفضة غير
معلل ، بل معلق بما يسمى ذهباً وفضة ؛ لأن المازري أنكره ونقل اتفاق العلماء على تعليل
الحكم هنا ، وإنما اختلفوا في العلة .

والمُفَارَقَةُ اخْتِياراً تَمْنَعُ الْمُتَاجِرَةَ ، وَقِيلَ : إِلَّا الْقَرِيبَةَ .

المشهور الأول .

وقد قال مالك في «المدونة»^(١) في الذي يصرف ديناراً من صيرفي فيدخله تابوته ثم
يخرج الدراهم : لا يعجبني ، وإذا قال هذا في هذا التأخير اليسير فما بالك بغيره .

وقوله : (وَقِيلَ : إِلَّا الْقَرِيبَةَ) ليس هذا القول على إطلاقه ، بل مقيد بما إذا كانت
المفارقة القريبة بسبب يعود بإصلاح العقد ، كما لو فارقه بالحنوت أو الحانوتين لتقليب ما
أخذه أو وزنه ، وهو مذهب «الموازية» و«العتبية» .

وحمله اللخمي على الخلاف كالمصنف ، وتأوله صاحب «البيان»^(٢) على الوفاق ،
فقال : وقد قيل : إن ما في «العتبية»^(٣) مخالف لما في «المدونة» وليس هو عندي خلافاً ؛
لأنهما في مسألة «المدونة» قاما بعد عقد التصارف وقبل التقابض من مجلس إلى مجلس
ولا ضرورة تدعو إلى ذلك .

ومسألة «العتبية»^(٤) إنما قاما فيها بعد التقابض للضرورة .

وفي الغلبة قولان .

(١) «المدونة» (٦/٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٦/٤٨٠) .

(٣) «البيان والتحصيل» (٦/٤٨١) .

(٤) «البيان والتحصيل» (٦/٤٨١) .

أي: وفي الفرقة الواقعة بين المتصارفين بسبب الغلبة من أحدهما أو من غيرهما قولان: أحدهما : أنها كالاختيار فيفسد .

والثاني : أنها لا تفسد .

الباسجي^(١) : والظاهر من المذهب فساد البيع إذا غلب أحدهما على الفرقة ، والقول بعدم الفساد لمالك في «العتية» و«الموازية» : ففيهما : إذا اشترى قوم قلادة من ذهب وفيها لؤلؤ فلم ينقدوا حتى فصلت القلادة وتقاوموا اللؤلؤ وباعوا الذهب ، ثم أرادوا نقض البيع لتأخر النقد ، قال : لا ينقض لأنه على النقد ولم يرض بتأخيره ، وإنما هو رجل مغلوب . وتأول أبو بكر بن عبد الرحمن هذه الرواية على أن المذهب فيها يسير تابع للحجارة ، وأما إن كانت الحجارة يسيرة والذهب كثير فيفسخ البيع .

ابن يونس: وفيه نظر ؛ لأنه لو كانت العلة ما ذكر لبينها مالك وابن القاسم ، وإنما لم يطله مالك ؛ لأن البائع مغلوب - كما ذكر - واتهم المشتري على قصد البطلان فعوقب بنقيض قصده .

ابن عبد السلام: والنفس أميل إلى عدم الفساد .

وذكر اللخمي الخلاف في الغلبة ، سواء غلبا معا أو غلب أحدهما .

وجعل ابن شاس^(٢) ذلك خلافا مركبا ، هل يصح إذا غلبا معا أم لا ؟ وعلى البطلان فيما إذا غلبا ، فهل يبطل إذا غلب أحدهما ، قولان .

قال : والصحيح في الصورتين ما اختار أبو بكر .

وَلَوْ وَكَّلَ فَقَوْلَانِ .

هذه المسألة وقعت في بعض النسخ ؛ أي : وكل على القبض وهو ظاهر ، ولا إشكال في الجواز إذا وكله على العقد والقبض ، كما لو تولاهما بنفسه .

أما إذا تولى في أحدهما ووكل في الآخر ولم يغب ، وليس فيها إلا أن العاقد غير القابض ، فذكر المصنف قولين ، وظاهرهما الجواز والمنع .

(١) «المنتقى» (٢٥٦/٦) .

(٢) «الجواهر» (٣٦١/٢) .

وأضاف المازري إلى ابن القاسم أنه قال : لا خير فيه ، قال : وأمضاه أشهب إن وقع ، وقال : يفسخ إذا افترقا قبل قبض الوكيل .

وقال ابن وهب : لا بأس به .

قال : وبعض الشيوخ ينسب لابن القاسم أن من شرط صحة الصرف أن يكون العاقد هو القابض ، وغيره إنما يشترط في صحته حصول القبض على الفور فقط من غير اعتبار كون العاقد هو القابض .

وَلَوْ وَكَّلَ فِي الْقَبْضِ وَغَابَ ، فَالْمَشْهُورُ الْمَنْعُ .

يعني : ولو وكل أحد المتصارفين بعد انعقاد الصرف على قبض ما وجب له وغاب الموكل ، فالمشهور المنع .

ابن عبد السلام : وهو ظاهر الروايات ، ونص عليه أشهب .

وحمل اللخمي ما وقع في المذهب من المنع على الكراهة ، وهو وإن كان ظاهراً من جهة الدليل - لأن المناجزة المطلوبة قد حصلت ولم يبق دليل على اشتراط اتحاد العاقد والقابض - لكن ظاهر الروايات يأباه .

المازري : ولا خلاف في المذهب منصوص في النهي عن ذلك وفسخه إن وقع .

لكن بعض أشياخي يحمل المنهي عن ذلك على الكراهة ، وعلى هذا فمقابل المشهور من كلام المصنف هو قول اللخمي ، والله أعلم .

وَفِي غَيْبَةِ النِّقْدِ ، الْمَشْهُورُ الْمَنْعُ .

يمكن حمله على مسألة التسلف ، ويرد هذا الوجه أن هذه المسألة ستأتي .

وحمله ابن عبد السلام على أن المجرور معطوف على المجرور في الكلام الأول ؛ أي : ولو وكل في غيبة النقد ، قال : ولكن ذكره للأولى مغن عن هذه ؛ لأنه إذا امتنع التوكيل مع حضور النقد على المشهور فأحرى مع غيبته .

ابن عبد السلام : ولا يصح حملها على الوديعة ؛ لأنه سيتكلم عليها بعد ذلك ، وحمله بعضهم على أنه قاعدة لما بعدها من الفروع المشتعلة على غيبة النقد .

ورد بأن الفروع التي بعده مختلفة في المشهور كما سيأتي .

والأقرب هنا ما قاله بعضهم من حمله هنا على ما إذا كان النقد غائباً عن موضع العقد غيبة قريبة كداره وحانوته ، وفيهما قولان - كما ذكر - مشهورهما المنع .

ورد بأن مذهب «المدونة»^(١) في هذا الكراهة ، ففيها : وأكره للصيرفي أن يدخل الدينار تابوته أو يخلطه ثم يخرج الدراهم ، ولكن يدعه حتى يزن الدراهم فيأخذ ويعطي . وقد يقال : البعد في الدار والحانوت أكثر من البعد في إدخال الصيرفي الدينار التابوت فلا يكون ما في «المدونة» مخالفاً .

وفي المَوَاعِدَةِ مَشْهُورُهَا : الْمَنْعُ .

أي : في المواعدة على الصرف ثلاثة أقوال : المنع ، والجواز ، والكراهة . ابن راشد: والمنع ظاهر المذهب .

ابن عبد السلام: وهو المشهور ؛ لأن فيها : ولو قال له المبتاع: اذهب بنا إلى السوق بدراهمك فإن كانت جياداً أخذتها منك كذا وكذا درهما بدينار، لم يجز ، ولكن يسير معه رعلى غير مواعدة .

ابن راشد: وهو عندي نص في المنع .

وكذا قال ابن بشير : الكراهة محمولة على «المدونة» وظاهرها المنع .

ونسب اللخمي الكراهة لمالك وابن القاسم ، وصرح المازري بأنها المشهور من المذهب ، والجواز لابن نافع وابن عبد الحكم ، والمنع لأصبغ .

أصبغ: ويفسخ إن وقع ، وقاله ابن القاسم في سماع أصبغ .

وقال في سماع يحيى : إن وقع لم يفسخ .

للخمي: ورأى أصبغ أن الصرف فاسد ، وقاسه على المواعدة في العدة ؛ لأن كليهما مبايعة ، واستبعد ابن عبد السلام التحريم .

واستحسن اللخمي الجواز ، وفرق بين هذا والمعتدة ؛ بأن المعتدة إنما منعت مواعدها خيفة أن تكون حاملاً حفظاً للأنساب ، وأجاز [ابن مناس]^(٢) هنا التعريض ، وهو صحيح ؛

(١) «المدونة» (٦/٣) .

(٢) في ط : ابن شاس .

لأنه إذا جاز التعريض في النكاح فهو هنا أولى .

والتأخيرُ كثيراً كالمُفارقة .

يعني : أن طول المجلس بعد التعاقد وقبل التقابض مثل المفارقة ؛ يعني : اختياراً بالأبدان في إفساد الصرف ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : «إلاهء وهاء»^(١) .

يعني : وفي الخيارِ المشهورُ المنعُ .

أي : المشهور منع عقد الصرف على الخيار ، والشاذ الإجازة وهو للمالك في «الموازية» ؛ لأن فيها : في رجل اشترى سوارى ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما إلى أهله ، فإن رضوهما رجع فاستوجبهما ، قال : أرجو أن يكون هذا خفيفاً .

محمد وغيره : هذا من قول مالك .

الباجي^(٢) : وتحتمل هذه الرواية أن يكون المراد بها المواعدة وتقرير الثمن دون عقد ، ولذلك قال : إن رضيهما أهله رجع فاستوجبهما ، فذكر أن الإيجاب لم يقع بعد وإنما كان ذلك على سبيل تقرير الثمن إن رضيهما أهله .

المازري : وهذه الرواية وإن كان فيها احتمال ، لكن ما نقله ابن شعبان من اختلاف قول مالك بالإجازة والمنع عليه يعول في نقل الخلاف في المذهب .
وصرح الباجي^(٣) والمازري بالمشهورية كالمصنف .

وبنى المازري الخلاف على الخلاف المعلوم في عقد الخيار هل هو منحل أو منبرم؟ وهكذا حكى ابن شاس^(٤) هذا الخلاف ، وقال في «المقدمات»^(٥) : لا خلاف أن الصرف فاسد سواء كانا جميعاً بالخيار أو أحدهما ؛ لعدم المناجزة بينهما بسبب الخيار .

والصَّرْفُ فِي الدِّمَّةِ ، وَصَرَفُ الدِّينِ الْحَالِ يَصِحُّ خِلَافًا لِأَشْهَبَ .

قال شيخنا - رحمه الله - : إن جعلنا قوله : (والصَّرْفُ فِي الدِّمَّةِ) ترجمة كما في

(١) تقدم تخريجه .

(٢) «المنتقى» (٢٥٦/٦) .

(٣) «المنتقى» (٢٥٧/٦) .

(٤) «الجواهر» (٣٥٥/٢) .

(٥) «المقدمات» (٢٧/٢) .

بعض النسخ فلا إشكال ، وإن أثبتنا الواو فصرف ما في الذمة تطارح ما في الذمتين ، وهو أن يكون لواحد على الآخر دنانير وللآخر عليه دراهم فيتصارفان بما في ذمتهما ، وصرف الدين الحال إذا كان من جهة واحدة فالمعروف من المذهب جوازه .

قال في «الجواهر»^(١) : وحكى المتأخرون عن أشهب الإبطال فيه .

ومقتضى كلام المصنف : أن أشهب - رحمه الله - يخالف في المسألتين ، وبذلك صرح ابن راشد ، وهو ظاهر ؛ لأنه إذا منع أشهب فيما إذا كان الدين من أحدهما فأحرى إذا كان من جھتهما .

وقد نقل في «الإكمال»^(٢) عن مالك وأصحابه جواز المسألتين ؛ أعني : إذا صرفا ما في ذمتها أو في ذمة أحدهما .

وهكذا مشى ابن راشد وغيره هذا الموضع ، وهو الذي يؤخذ من كلامه في «الجواهر»^(٣) .

وطول ابن عبد السلام هاهنا بما ليس فيه كبير فائدة للفقهاء .

المُؤَجَّلُ، المَشْهُورُ: الْمَنَعُ .

أي : وصرف الدين غير الحال يمتنع على المشهور ، بناء على أن المعجل لما في الذمة يعد مسلفاً ، وإذا حل الأجل يقتضي من نفسه فلم يحصل التناجز ، وعلى الشاذ بالبراءة يجوز الصرف هنا .

فَإِذَا تَسَلَّفَا أَوْ أَحَدُهُمَا وَطَالَ بَطْلُ اتَّفَاقَا، وَإِنْ لَمْ يَطْلُ صَحَّ خِلَافًا لِأَشْهَبَ .

هذه المسألة يلقبونها بالصرف على الذمة .

قال في «التهذيب»^(٤) : وإن اشترت من رجل عشرين درهماً بدينار وأنتما في مجلس ، ثم استقرضت أنت ديناراً من رجل إلى جانبك واستقرض هو الدراهم من رجل إلى جانبه ، فدفعت إليه الدينار وقبضت الدراهم ، فلا خير فيه ، ولو كانت الدراهم معه

(١) «الجواهر» (٣٥٦/٢) .

(٢) «الإكمال» (٢٦٣/٥) .

(٣) «الجواهر» (٣٥٦/٢) .

(٤) «تهذيب المدونة» (٩٤/٣) .

واستقرضت أنت الدينار ، فإن كان أمراً قريباً كحل الصرة ولا تبعث وراءه ولا تقوم لذلك جاز ، ولم يجزه أشهب .

والحاصل منه : أنهما إن تسلفا ، فاتفق ابن القاسم وأشهب على الفساد ؛ لأن تسلفهما مظنة الطول فلا يجوز وإن لم يطل ؛ لأن التعليل بالمظان لا يختلف الحكم فيه عند تخلف العلة كالقصر في الصلاة للمملوك .

ابن راشد : وإن تسلف أحدهما وطال فكذلك ، وإن لم يطل فالخلاف .

وعلى هذا ففي كلام المصنف مناقشة ؛ لإيهامه أن خلاف أشهب جار في تسلفهما معاً ، إلا أن يجعل قوله : (وطال) قيد في تسلف أحدهما .

واختلف الشيوخ هل الخلاف في تسلف أحدهما مقيد بما إذا لم يعلم الذي عقد على ما عنده أن الآخر لم يعقد على ما ليس عنده ، وأما إن علم ذلك فيتفق على البطلان أو الخلاف مطلقاً علم أو لم يعلم ؟ على طريقتين حكاهما المازري .

والمغصوب الغائب إن كان مصوغاً ، فالمشهور المنع .

وجه المشهور : أنه متعين فيقع الصرف من غير قبض في الحال .

ووجه الجواز : كونه في الذمة فأشبهه الحاضر ، هذا معنى كلام المصنف .

ابن عبد السلام : وقال غيره : إن علم وجود المغصوب حين التعاقد فالقولان ، وهما جاريان على صرف الوديعة الغائبة عن موضع التعاقد ، وإن لم يعلم وجوده حينئذ فلا تجوز المصارفة عليه ؛ لاحتمال أن يكون قد تلف فيلزم الغاصب القيمة والمصارفة بجنسها فيؤدي إلى التفاضل .

فَإِذَا ذَهَبَ فَعَلَى خِلَافِ صَرْفِ الدِّينِ ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ أَوْ زَنْتَهُ .

أي : فإن ذهب هذا المصوغ ووجب ضمانه على الغاصب ، جازت المصارفة عليه حينئذ على المشهور في جواز صرف ما في الذمة ، ثم ينظر فيما يتعلق بذمة الغاصب هل قيمته أو مثله ، والمشهور القيمة ؛ بناء على أن الشيء إذا كان مثلياً ثم دخلت فيه صنعة ، هل يصير من المقومات أو المثليات كالغزل ؟

قال شيخنا - رحمه الله :- وصرفه على القولين مشكل ؛ لأننا إذا قلنا بالقيمة ، فقد يكون وزنه خمسة دنانير ويساوي الآن مائة وعشرين لصنعيته وصرف الدينار عشرين ، فيأخذ ستة

عن خمسة وهو ربا فضل ونساء .

وإن قلنا: يأخذ مثله كسوار مثلاً، فإنه يأخذ عن ذهب فضة أو بالعكس وذلك صرف مستأخر .

ودليله: أنهم قالوا فيمن استهلك طعاماً فلا يأخذ عنه طعاماً من غير جنسه، إذ هو طعام بطعام إلى أجل فاعرفه .

فَإِنْ بَقِيَ عَلَى حَالِ خِيَارٍ أَخَذَ الْعَيْنِ أَوْ التَّضْمِينِ، فَعَلَى خِلَافِ إِحْضَارِ الْعَيْنِ وَخِلَافِ صَرْفِ الدِّينِ...

أي: فإن لم تذهب عينه بالكلية، ولكنه تعيب عيباً يوجب لصاحبه الخيار في أخذه أو تضمينه الغاصب، وإن اختار أخذه فإن أحضره ثم صارفه عليه جاز اتفاقاً، وإن لم يحضره فالمشهور المنع، وإن اختار أخذ القيمة فهي دين له في ذمة الغاصب، فإن أراد مصارفته عليها جاز على المشهور .

وقال في «الجواهر»^(١) : والمشهور جار على أن من خير بين شيئين لا يعد منتقلاً، بل يعد كأنه لم يستحق غير ما اختار، وأما إن عددناه منتقلاً فلا يجوز صرف أحدهما .

فَإِنْ كَانَ مَسْكُوكًا، فَالْمَشْهُورُ: الْجَوَازُ

هذا قسيم قوله: (مصوغ) أي: وإن كان المغصوب مسكوكاً، فالمشهور: جواز صرفه، وفي معناه ما لا يعرف بعينه من المكسور والتبر .
قَالَ الْبَاجِي: بِنَاءً عَلَى أَنَّ النُّقُودَ لَا تَتَعَيَّنُ .

أي: أن الباجي أجرى القولين في إجازة الصرف ومنعه على القولين في أن الدراهم والدنانير هل تتعين أم لا؟ فمن رأى عدم التعيين أجاز؛ لأنها حيثئذ تتعلق بذمته وإبرأه منها قبض .

وإن قلنا: تتعين، امتنع كما في المصوغ .

وَرَدَهُ ابْنُ بَشِيرٍ بِأَنَّ الْمَشْهُورَ: تَتَعَيَّنُ، وَبِالِاتِّفَاقِ فِي ذَوِي الشُّبُهَاتِ .

أي: رد ابن بشير كلام الباجي بوجهين .

أحدهما: أن الدراهم والدنانير في الصرف تتعين على المشهور فكيف ينبغي المشهور على الشاذ.

والثاني: أنهم اتفقوا أنها تتعين بالنسبة إلى من كان ماله حراماً أو كان في ماله شبهة، فإذا أراد من هو من أهل الخير أخذ عين دنانيره ودراهمه من الغاصب الذي ماله حرام أو فيه شبهة مكن من ذلك اتفاقاً.

ويكون وجه الرد على الباجي من هذا الوجه: أنه بنى المشهور على وجه اتفق على عدمه.

ونبه المصنف بالأدنى وهو ذو الشبهة، على الأعلى وهو من كان ماله حراماً. وما حكاه المصنف عن ابن بشير تبع فيه ابن شاس وليس هو في تنبيهه، فلعلهما اطلعا على ذلك في غيره.

وانظر الاتفاق الذي حكاه المصنف مع قول ابن الجلاب (١).

ومن غصب دراهم فوجدها ربها بعينها فأراد أخذها وأبى الغاصب أن يردها وأراد رد مثلها، فذلك للغاصب دون ربها، قاله ابن القاسم.

فائدة: الدراهم والدنانير تتعين في ذوي الشبهات على المشهور، نقله ابن عبد السلام، وتتعين في باب الصرف على المشهور حرصاً على المناجزة، نقله ابن بشير.

وكذلك نقل صاحب «المقدمات» (٢)، فقال: مذهب مالك وجمهور أصحابه في الصرف أنها إن عينت تعينت، وإن لم تعين فإنها تعين إما بالقبض أو المفارقة.

وحكى المازري الاتفاق على أنها تتعين بالمفارقة، وقال ابن القصار: الظاهر من المذهب أنها لا تتعين.

المازري: وفي كونه الأظهر نظراً؛ لأن في «المدونة» ما يدل على اختلاف قول ابن القاسم في هذا، ففي السلم: أنها لا تتعين؛ لأن فيه: إذا أسلمت إليه في طعام أو غيره ثم أقالك قبل التفرق ودراهمك في يده فأراد أن يعطيك غيرها، فذلك له وإن كنت

(١) «التفريع» (٢/ ٢٧٩).

(٢) «المقدمات» (٢/ ١٧).

اشتطت استرجاعها بعينها .

وفي كتاب كراء الرواحل : من اكترى بدنائير معينة ولم يشترط النقد ولا كانت العادة النقد، فإن ذلك لا يجوز إلا بشرط الخلف .

وقال أشهب : لا يفتقر إلى هذا الشرط، والحكم يوجب الخلف، فهذا من ابن القاسم ذهاب إلى أنها تتعين ؛ لأنه لم يلزم خلفها إذا ضاعت إلا بالاشتراط .

وبعض أشياخي يشير إلى أن المذهب على ثلاثة أقوال : التعيين، وعدمه، والثالث : يتعين في جانب المشتري دون البائع .

فالأولان مبنيان على الخلاف في الوفاء باشتراط ما لا يفيد ، ورأى في الثالث : أن المشتري إذا اشترط التعيين كان له غرض صحيح في اشتراط تعيينها، لأنه يمكن ألا يكون عنده سواء فيشترط تعيينها لئلا يكلف خلفها إن ضاعت، بخلاف البائع فإنه لا يظهر لاشتراطه فائدة . انتهى .

وَعَلَّاهُ بِأَنَّ الْأَصْلَ تَعَلُّقُهَا بِالذِّمَّةِ وَلَا تُعْرَفُ بِعَيْنِهَا .

لما رد ابن بشير توجيه الباجي ذكر هو توجيهاً حاصله : أنه وإن قلنا : إنها تتعين، فهي مضمونة بوضع اليد عليها ولا تعرف بعينها، وإذا كانت لا تعرف شابته الدين، والمشهور جواز صرفه .

ولا يريد ابن بشير أن كل واحد منهما علة مستقلة، وإلا لزم جواز صرف المصوغ لتعلقه بالذمة بوضع اليد .

وَالرَّهْنُ، وَالْعَارِيَّةُ، وَالْمُسْتَأْجَرُ، وَالْوَدِيعَةُ إِنْ كَانَ مَصُوعًا فَكَالْمَغْصُوبِ، وَإِنْ كَانَ مَسْكُوكًا، فَالْمَشْهُورُ : الْمَنْعُ...

قوله : (فَكَالْمَغْصُوبِ) يعني : إما أن يبقى على حاله أو يتلف، أو يبقى على حال خيار كما في المغصوب، غير أن الوديعة لا ضمان فيها وكذلك المستأجر .

فمعنى (فَكَالْمَغْصُوبِ) أنه إذا كان حاضراً جاز، وإن كان غائباً فالمشهور المنع، وإن وجبت القيمة جاز على المشهور .

قوله : (وَإِنْ كَانَ) أي : الغائب مسكوكاً، فالمشهور : المنع، والفرق بين هذه المواضع والمغصوب : أنه في هذه غير متعلق بالذمة ولم يزل في ملك ربه، والمغصوب قد تعلق بذمة

الغاصب بوضع يد العداء عليه، فلذلك تعاكس المشهور.

وظاهر قوله : (وإن كَانَ مَسْكُوكًا) يقتضي أن المسكوك تتصور فيه الإجارة والعارية.

وقد قال المصنف في الإجارة: المشهور منع إجارتها، وقيل: إن لازمها ربها صح، وقال في العارية: لا تصح إعارة الدنانير والدراهم وأن إعارتها قرض.

ويجاب عنه: بأن هذا من باب صرف الكلام لما يصلح له وحذف ذلك للعلم به، ولما سيأتي، وشهرته عند طلبة العلم.

وكلامه في «الجواهر»^(١) أحسن من كلام المصنف؛ لأنه لم يرد عليه هذا؛ لأنه قال بعد ذكر مسائل: المسألة الرابعة صرف المرهون، فإن كان مصوغاً ففيه قولان؛ المنع حتى يحضر، والجواز نظراً إلى مكان التعلق بالذمة، وإن كان مسكوكاً فأجيز في رواية محمد ومنعه ابن القاسم.

والجواز لإحدى علتين: حصول المناجزة بالقبول، والالتفات إلى إمكان التعلق بالذمة فأشبهه المغصوب، إذ هو على الضمان إن لم تقم بينة على تلفه، وقولان إن قامت، والمنع نظراً إلى الحال وهو على ملك ربه، وإنما يقبضه لنفسه عند حضوره فأشبهه صرف الغائب.

الخامسة: صرف الوديعة، وفي الكتاب المنع منه.

وروى أشهب الجواز في المسكوك منها، واختلف في تعليله على طريقين:

إحدهما: أنه مبني على أن يعقد المودع التسلف ثم يصارف، قاله الباجي^(٢)، قال الباجي^(٣): ويجب على هذا ألا يجوز في الحلبي باتفاق.

والطريق الثانية: النظر إلى حصول المناجزة بكمال القول والشيء تحت يده، فعلى هذا يجري الخلاف في المصوغ، وقد ظهر تعليل المنع بما قدمناه في المرهون.

فروعاً:

أحدهما: العارية وحكمها حكم الرهن، قاله الباجي^(٤)، قال بعض المتأخرين: وهو

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٥٩).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٢٣٩).

(٣) «المنتقى» (٦/ ٢٣٩).

(٤) «المنتقى» (٦/ ٢٣٩).

ظاهر.

الثاني: المستأجر وحكمه حكم الوديعة. انتهى كلامه في «الجواهر»^(١).

وَالصَّرْفُ عَلَى التَّصَدِيقِ فِي الْوِزْنِ وَالصِّفَةِ مُمْتَنِعٌ خِلَافًا لِأَشْهَبَ.

أي: إذا تصارفا وصدق أحدهما أو كل منهما الآخر في الوزن أو الصفة، فالمشهور المنع، وعلل بمراعاة الطوارئ، إذ يحتمل أن يوجد على غير تلك الصفة فيصير العقد مترقباً حله، وما عزاه المصنف لأشهب تبع فيه اللخمي والمازري، وعزا صاحب «البيان»^(٢) إليه المنع.

ووجه الجواز: أن النفوس مجبولة على حب المال، فلا يصدق المخبر إلا إذا كان من أهل الدين أو قامت قرينة فلا يتهم على تضييع حق الله تعالى، ومن هذا تبادل الطعامين، فابن القاسم منعه على التصديق، وحكي عنه الإجازة في بدل الطعامين دون الصرف، وعلى جواز التصديق في الصرف يجوز في تبادل الطعامين بل هو أولى، ومنعه ابن نافع في تبادل الطعامين فأحرى في الصرف.

فائدة:

قال بعضهم: لا يصدق في الوزن والكيل في مسائل؛ المبادلة: فلا يصدق فيها في وزن ولا عدد لثلا يوجد نقص فيدخله التفاضل والتأخير، والطعام الربوي بجسسه أيضاً. والقرض: لثلا يوجد نقص فيلتزمه المقترض عوضاً عن معروفة فيجبر نفعاً، والطعام المباع إلى أجل؛ لثلا يلتزم النقص لأجل تأخير، ورأس مال السلم، والمعجل قبل أجله، والصرف.

وَنَقْصُ الْمِقْدَارِ بِالْحَضْرَةِ إِنْ رَضِيَ بِهِ أَوْ بِإِتْمَامِهِ نَاجِزٌ صَحَّ.

لما قدم الكلام على الافتراق أتبعه بما يطرأ على العقد من نقص أو استحقاق والباء للظرفية، والمجرور في محل حال.

وتقدير كلامه: إن رضي الأخذ بالنقص أو رضي الدافع بإتمامه، فحذف رضي من الثاني لدلالة الأول عليه، فهو من عطف الجمل لا من عطف المفردات.

وقوله: (ناجزاً) من تمام الثانية، ويدل على محذوف مثله في الأول.

(٢) «البيان والتحصيل» (٦ / ٤٧٩).

(١) «عقد الجواهر» (٢ / ٦٣٥).

وإن لم يرضَ وكانَ غيرَ مُعَيَّنٍ أُجْبِرَ الْمُتَمَتِّعُ، وفي المُعَيَّنِ قَوْلَانِ .

أي: وإن لم يرض الدافع بالإتمام ولا الأخذ بالنقص، فإن كان العقد وقع على دراهم أو دنائير غير معينة أجبر من امتنع منهما على إتمام ما دخلا عليه .

واختلف: هل يجبر المتمتع إن دخلا على معين، ولعل سببهما الخلاف في الدراهم والدنائير هل تتعين بالتعيين أو لا؟

وإن كانَ بَعْدَ المُفَارَقَةِ أو الطُّولِ، فَإِنْ قَامَ بِهِ انْتِقَاصٌ عَلَى الْمُنْصُوصِ كَتَأْخِيرِ الْبَعْضِ، وَإِنْ لَمْ يَقُمْ، فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ قَلِيلاً صَحَّ...

يعني: فإن وجد نقص المقدار بعد افتراقهما من المجلس أو بعد طوله، فإن أقام به وأخذ النقص بنقصه، فحكى الباجي (١) والمازري: أنه لا خلاف في نقض الصرف .

وأجرى ابن شاس (٢) فيه قولاً بالصحة من الشاذ في تأخير البعض بل هنا أولى؛ لعدم الدخول عليه، واعلم أن تأخير البعض له صور:

الأولى: أن يقع بشرط، ففي «المقدمات» (٣): الاتفاق على بطلان الجميع .

وخرج ابن القصار قولاً بامضاء المتناجز فيه من أحد القولين في الصفقة إذا جمعت حلالاً وحراماً، وذكره اللخمي قولاً صريحاً .

الثانية: أن يدخل على قبض الجميع ثم يؤخر شيئاً، ففي «المقدمات» (٤): ينتقض الصرف فيما وقع فيه التأخير باتفاق، إن كان درهماً انتقض صرف دينار ما بينه وبين أن يكون الذي فيه التأخير أكثر من صرف دينار، فينتقض صرف دينار آخر ثم كذلك .

واختلف فيما وقعت فيه المناجزة، فمذهب ابن القاسم في «المدونة»: بطلانه، وهو قول محمد، ولابن القاسم في «الموازية» قول بصحته .

وخص المازري، وابن شاس (٥)، وابن بشير هذا الخلاف بما إذا كان المؤخر أقل

(١) «المنتقى» ٦ / ٢٦١ .

(٢) «الجواهر» ٢ / ٣٦٣ .

(٣) «المقدمات» ٢ / ١٥ .

(٤) «المقدمات» ٢ / ١٥ .

(٥) «الجواهر» ٢ / ٣٦٤ .

الصفقة، وأما إن كان أكثر الصفقة فينتقض بالاتفاق، إلا ما خرج ابن القصار، وجعل ابن بشير النصف كالكثر في الاتفاق عليه.

وقال المازري: علم من المذهب قلة النصف في العروض، وأما الطعام فالنصف فيه عند ابن القاسم في حكم الكثير، وقال أشهب: الطعام كالعروض.

وظاهر ما قاله في «المدونة»^(١): أن النصف في الدراهم والدنانير في حكم القليل، لقوله فيمن صرف مائة دينار بألفي درهم فلم يجد إلا خمسين: إن الصرف ينتقض، بخلاف ما لو وجد الخمسين زيوفًا، فإنه إنما ينتقض بقدرها؛ لكون الزيوف لا يفسد الصرف بوجودها. انتهى.

الصورة الثالثة: أن ينقصد الصرف بينهما على المناجزة فيتأخر شيء مما وقع الصرف عليه بنسيان، أو غلط، أو سرقة من الصراف، أو ما أشبه ذلك مما يغلبان عليه، أو أحدها، فيمضي الصرف فيما وقع فيه التناجز ولا ينتقض باتفاق.

ابن رشد: واختلف هل ينتقض فيما لم يحصل فيه التناجز إن تجاوز النقصان، مثل أن يصرف منه دينارًا بدراهم فيجد في الدراهم درهمًا ناقصًا، فيقول: أنا أتجاوز، أو لا ينتقض من الصرف شيء، على قولين:

أحدهما: أن ذلك لا يجوز وينتقض من الصرف صرف دينار، إلا أن يزيد النقص عليه فينتقض ديناران.

والثاني: أن الصرف يجوز ولا ينتقض منه شيء إن تجاوز النقصان كالزائف إذا رضي به. قوله: (وَإِنْ لَمْ يَقُمْ) أي: فإن رضي الأخذ بالنقص ولم يقم به، فحكى المصنف تبعًا للمازري وابن شاس^(٢) ثلاثة أقوال:

المازري: وهو روايات:

الأولى: يفسخ جميع الصرف؛ لكون الفساد قد دخل بعضه فسرى إلى كله.

والرواية الثانية: أنه يمكن من ذلك ولا يفسخ ما تناجز فيها، كما يمكن من الرضى بالزيوف.

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٦٤).

(١) «المدونة» (٣/ ٣).

والثالثة: نمكينه من ذلك إن كان النقص يسيراً، والمنع منه إن كان كثيراً.

ابن عبد السلام: وأكثرهم على أنه لا يفسخ.

خليل: والأقرب هو الثالث؛ لأنه الذي تسمح به النفوس.

والمشهور: جواز الرضى مطلقاً، لكن بشرط أن يكون النقص في الوزن، وأما إن كان

النقص في العدد فإنه لا يجوز الرضى على المشهور.

والقليل: مَا تَخْتَلِفُ بِهِ الْمَوَازِينُ، وَقِيلَ: دَانِقٌ فِي دِينَارٍ، وَدِرْهَمٌ فِي مِائَةِ .

هذا فرع على القول الثالث، وجعل صاحب «المقدمات» (١) اختلاف الموازين توفيقاً

بين قولي ابن القاسم، فإنه روى اغتفار الدائق والدانقين مرة وعدم اغتفارهما مرة، وأنه

رأى في الأولى: أن ذلك القدر مما تختلف به الموازين.

وفي الثانية: أنه مما لا تختلف به، وأنه لا خلاف في اغتفار ما تختلف به الموازين.

قال شيخنا - رحمه الله تعالى -: وليس المراد بالدائق في القول الثاني ما سيأتي وهو

السدس، بل الدائق في اصطلاح الحُسَابِ: أن الدينار أربعة وعشرون قيراطاً وكل قيراط

أربعة دوانق، فيكون الدائق جزءاً من ستة وتسعين جزءاً ليكون مناسباً للدرهم في مائة.

قيل: وتبع في قوله: (وَدِرْهَمٌ فِي مِائَةِ) ابن شاس، والمنقول إنما هو الدرهم في الألف،

وروى أصبغ عن ابن القاسم في «الموازنة»: إن نقصت الألف درهم مثل الدرهم فهو

خفيف.

والدائق: بفتح النون وكسرها، الجوهري (٢): وربما قالوا: دانا.

وَنَقْصُ الصِّفَةِ إِنْ كَانَ كَرَصَاصٍ، فَكَالْمِقْدَارِ عَلَى الْأَظْهَرِ .

لما كان النقص قسمين؛ نقص مقدار، ونقص صفة، وتكلم على نقص المقدار أتبعه

بالكلام على نقص الصفة.

وإدخاله ما كان كالرصاص في نقص الصفة فيه تجوز والعلاقة المشابهة، فإنه شابه

الزائف في وجوده حساً، والقولان للمتأخرين، قاله ابن بشير.

(١) «المقدمات» (٢/ ١٦).

(٢) «الصحاح» (١/ ٢١٥).

وقوله: (كَالْمَقْدَارِ) أي: إن رضي به أو بإتمامه... إلخ.

التفصيل: ووجه الأظهر: أن وجوده كعدمه، ورأى مقابله أن هذا مقبوض، وكونه لا قيمة له لا يضر كما في المغشوش.

وإن كان مَغْشُوشًا فَإِنْ رَضِيَ بِهِ صَحَّ.

كالعاير بمصر، وتسميه المغاربة النحاس، وفي «المدونة»: الستوق.

الباجي^(١): والمازري: ولا خلاف فيه؛ لأن القبض في المقدار المعقود عليه حصل، وإنما وقع النقص في صفته فله الرضى به كسائر العيوب.

وإن لم يَرْضَ وَكَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ، فَقَوْلَانِ: النَّقْصُ، وَجَوَازُ الْبَدَلِ، وَفِي الْمُعَيَّنِ طَرِيقَانِ: جَوَازُ الْبَدَلِ، وَالْقَوْلَانِ...

أي: وإن لم يرض قابض المغشوش به، فإن كان الصرف بينهما على دراهم ودنانير غير معينة، كما لو قال: بعني عشرة دنانير بمائتي درهم، فقولان: أحدهما: النقص.

المازري: وهو المشهور.

والثاني: جواز البدل لابن وهب.

وحكى اللخمي هذين القولين فيما إذا وقع التعيين من جهة دون أخرى، ولم يحك في البطلان إذا لم يحصل التعيين خلأً، وبنى المازري وغيره الخلاف على أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله فلا يجوز لعدم المناجزة، أو نقض له الآن وابتداء مبايعة فيجوز.

وإن كان الصرف بينهما على شيء معين، كما لو قال: بعني هذا الدينار بهذه العشرين درهماً، فحكى المصنف طريقتين:

أحدهما: للخمي، وأصلها لأبي بكر بن عبد الرحمن: أن المذهب كله على إجازة البدل؛ لأنهما لم يفترقا وفي ذمة أحدهما شيء، فلم يزل مقبوضاً إلى وقت البدل لأنهما لم يفترقا، بخلاف غير المعين فإنهما تفرقا وذمة أحدهما مشغولة.

والثانية: قال في «الجواهر»^(١): هي لجل المتأخرين، وأصلها لابن الكاتب أن القولين في هذه كالتي قبلها، ولا فرق بين التعيين وعدمه، ولذلك أدخل المؤلف الألف واللام التي للعهد على القولين، وهذه الطريقة أشد؛ لتقدم الخلاف في الدنانير والدرهم، هل تتعين بالتعيين أم لا؟

ابن عبد السلام: ولم يتعرض المصنف في هذا الفصل للنقض، هل هو في القليل أو الكثير كما تعرض لذلك في الذي قبله، ومسائلهم تدل على تخصيص القليل.

وإذا قيل بالنقض للنقص مطلقاً، فخمسة: فقل: ينقض الجميع مطلقاً، وقيل: إن لم يسم لكل دينار، وقيل: دينار. وقيل: أو كسر إن كان النقص مقابله أو أقل، وقيل: ما قابل النقص...

أي: وإذا انتقض الصرف لأجل النقص مطلقاً؛ أي: في المقدار، والصفة، والتعيين وعدمه، فخمسة أقوال ولذلك أتى بالتاء:

الأول: ينتقض الجميع، وعزاه اللخمي لابن القاسم في «العتبية»^(٢)؛ لأن الصفقة إذا بطل بعضها بطل كلها.

والثاني: ينتقض الجميع إن لم يسم لكل دينار شيئاً، كما إذا قال: هذه العشرة دنانير بمائتي درهم.

وأما إن سمى، كقوله: كل دينار بعشرة، فإنما ينتقض في دينار إن لم يقابل الزائف أكثر منه، وهو للقاضي إسماعيل، وابن الجلاب^(٣)، وعبد الوهاب^(٤).

وزعم الباجي^(٥): أن الخلاف يرتفع إذا سمى لكل دينار وأنه لا ينتقض إلا دينار، وإنما الخلاف إذا لم يسم.

ورد عليه المازري: بأن الروايات وقعت مطلقة وإنما فصل هذا التفصيل من تقدم

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٦٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ١٠).

(٣) «التفريع» (٢/ ١٥٦).

(٤) «المعونة» (٢/ ١٠٢٤)، و«التلقين» (٢/ ٣٧٨).

(٥) «المنتقى» (٦/ ٢٦٢).

ذكرهم .

والقول الثالث : إنما ينتقض دينار واحد سمي أو لا ، المازري ، وابن راشد ، وابن عبد السلام وغيرهم ، وهو المشهور .

والقول الرابع : أنه ينتقض صرف أصغر الدنانير .

والفرق بينه وبين الثالث : أنه على الثالث ينتقض صرف دينار كامل ولا ينتقض على الرابع إلا صرف أصغر الدنانير ، وتبع في هذا ابن شاس ، وابن بشير .

وفي نقلهم نظر ؛ لأن المازري وغيره إنما ذكروا أربعة أقوال وجعلوا القول بنقض الدينار أو أقل منه قولاً واحداً ، ونحوه لابن يونس .

المازري : وإذا تقرر أن المذهب المشهور اختصاص الفسخ بدينار ، فإنه يقتصر في ذلك على أقل ما يوجد في الدنانير .

ونقله الباجي^(١) أيضاً عن ابن القاسم فقال : قال ابن القاسم : يرد منها أصغر قرض .

الخامس : على نقل المصنف ينتقض ما قابل النقص .

اللخمي ، والمازري : وهذا بناء على القول بجواز أن يصرف بعض دينار ، وسبب الخلاف ، هل المجموع في مقابلة الأجزاء ، أو الأجزاء في مقابلة الأجزاء ، أو يفصل بين أن يسميا شيئاً أو لا ؛ لأنهما إذا سميا لكل دينار شيئاً صارت كأنها عقود متفرقة .

تنبيه:

جعل اللخمي محل هذا الخلاف إذا وقع الصرف على غير معين ، وأما إن وقع على معين ، فإن قابل الزائف دينار واحد أو وجد العيب بدينار واحد ، ينتقض صرف دينار واحد بالاتفاق .

فرع:

ولو كان في الصرف سكك مختلفة، فقال أصبغ: يختص الفسخ بالدينار الأعلى والأطيب .

وقال سحنون بفسخ الجميع .

وَشَرَطُ الْبَدَلِ: الْجِنْسِيَّةُ، وَالتَّعْجِيلُ، خِلَافًا لِأَشْهَبَ فِيهِمَا .

قرره ابن راشد على ظاهره، وقال بعض من تكلم على هذا الموضع : هذا الخلاف الذي ذكره لا يعرف في البدل ، وكيف يكون في البدل ومذهب ابن القاسم وأشهب منعه، وإنما هو في الصلح عن القيام بالعيب ، ولذلك قال ابن عبد السلام : إنما يعرف هذا الخلاف لابن القاسم وأشهب في مسألة الطوق المذكورة أول الصلح .
وقد ذكرها المصنف في الصلح ، وسيأتي الكلام عليها .

خليل: ولعل المصنف بنى على أن لازم القول قول، فنسب لابن القاسم وأشهب ما ذكره .

وقد خرج اللخمي قولي ابن القاسم وأشهب من مسألة الطوق في هذه المسألة ونصه :
وإن لم يرد ، أي : الزائف ، وصالح على الزائف بعين أو عرض ، فأجاز ذلك محمد ومنعه ابن شعبان ، قال : إلا أن يتفاسخا ثم يعمل على ما يجوز ، واستشهد بمسألة كتاب الصلح في الطوق ، واختلف فيه على ثلاثة أقوال ، فأجاز ابن القاسم أن يرضيه على شيء يدفعه إليه نقداً ولا يرده إلى أجل، وأجازه أشهب نقداً وإلى أجل، ومنعه سحنون إذا افترقا فيهما . وعلى هذا يجري الجواب في الدينار ، فيجوز على قول ابن القاسم : إذا نقد ذلك ، وعلى قول أشهب : يجوز وإن كان إلى أجل ، ولا يجوز على قول سحنون إذا افترقا لا نقداً ولا إلى أجل ، والجواز أحسن .

وفي ابن يونس^(١) : إذا باع طوق ذهب بألف درهم ، ثم وجد بالطوق عيباً فصاحه بائع الطوق على دنانير أو دراهم ، فقال ابن القاسم : يجوز ذلك إن كانت الدراهم من نوع الدراهم التي قبض منه ، وإن كانت من غير سكة ما قبض منه لم يجز ، وكذلك لو صاحه على نقرة ، وقال أشهب : لا بأس بذلك كله .

وَالْمَزِيدُ بَعْدَ الصَّرْفِ كَجَزْئِهِ، وَقِيلَ: كَالْهَبَةِ .

أي : من صارف رجلاً ديناراً مثلاً بدراهم ، ثم زاد أحدهما صاحبه زيادة لأجل الصرف ، فإنه إذا فسخ الصرف لفساد في العقد ، فإنه يرد جميع ما أخذ مع المزيد ، وهذا معنى قوله : (كَجَزْئِهِ) وقيل : كالهبة ، فلا يرد إلا المدفوع أولاً ولا يرد المزيد ، ويحتمل

أن يرد بقوله : (كَجَزُّهُ) أنه إذا اطلع على عيب في المزد أن له القيام ونقض الجميع .

(وَقِيلَ : كَالْهَبَةِ) فلا قيام له إن اطلع فيه على عيب .

ورأينا أن نأتي بالمسألة من «المدونة» ثم نذكر ما يتعلق بها ونبين ما هو الأليق بكلامه ، قال فيها^(١) : وإن صرفت من رجل ديناراً ثم لقيته بعد أيام ، فقلت له : قد استرخصت مني الدينار فزدني فزادك دراهم نقداً أو إلى أجل ، فجائز ولا ينتقض الصرف ، وليس لك رد الزيادة لعيب فيها ، وإن كان الدينار رديناً فرددته أخذ منك الذي زادك مع دراهمه ؛ لأنه للصرف زادك فترده برده ، وكذلك الهبة بعد البيع للبائع إن رد السلعة بعيب أخذها .
ولأشهب عن مالك في «الموازية» : أنه يبدل المزد الزائف ، فحمله بعض الأشياخ على الخلاف ، وبعضهم على الوفاق ، ولهم في التأويل وجهان :

أحدهما لابن القاسم وغيره : أن ما في «الموازية» محمول على إيجاب الزيادة ؛ لأنه قال فيها : لقيته ، فقال : نقصتني من صرف الناس فزدني فزاده ، أنه يفهم إذا زاده فقد ألحقه بصرف الناس وقد أوجب الزيادة .

والتأويل الثاني ذكره صاحب «النكت»^(٢) عن بعض شيوخه : أن الخلاف مبني على تحقيق فرض المسألة ، فإن قال له : أزيدك هذا الدرهم فوجده زائفاً فلا يرده ؛ لأنه إنما رضي أن يهبه ذلك الدرهم على ما هو به فلا يلزم بغيره .
وإن قال : أزيدك درهماً ، فعليه البدل ؛ لأنه قد أوجب على نفسه درهماً جيداً ، وإليه ذهب اللخمي .

ورد المازري هذا التفصيل ؛ لأن في «المدونة» ما يمنعه ؛ لأنه قال فيها : فزاده درهماً نقداً أو إلى أجل ، والذي إلى أجل هو في الذمة ، وقد نص على أنه ليس عليه بدله .
وفي كلام عبد الحق إشارة إلى الجواب ؛ لأنه تأول قوله : إلى أجل ، على أنه قال له : أنا أزيدك ، أو قال : تأتني عند أجل كذا وكذا ، ثم عند الأجل أتاها فأعطاه درهماً فوجده زائفاً فليس عليه بدله ؛ لأنه رضي بما دفعه إليه ولم يلزم غيره ، بخلاف قوله : أزيدك درهماً ، فإنه يحمل على الجيد .

وقال القاضي إسماعيل : الزيادة كالجزء يبطل الصرف بتأخرها كما لو تأخر جزء من

(٢) «النكت والفروق» (٢/٤١) .

(١) «المدونة» (٣/٢٦ - ٢٧) .

الصرف .

ونص كلامه في «المبسوط» : إن كان الذي زاده بعد المصارفة إنما هو لإصلاح ما مضى ولمخافة أن ينتقض ما بينهما ، أو لمعنى من المعاني ، فإن الزيادة تبطل الصرف . واستدل بقول عبد الملك في رجلين اشتريا شاة من رجل ، ثم إن البائع وضع لأحدهما شيئاً من الثمن ، فإن كان ذلك شيئاً يشبه إصلاح ذلك البيع فهو بين الشريكين ، وإن كان لا يشبه إصلاح ما مضى ، مثل أن يحط عنه أقله أو أكثره فإنما هي هبة وليست من البيع .

فإذا تقرر هذا فادعى بعض من تكلم على هذا المحل أن الحق هنا حمل كلام المصنف على الوجه الثاني ؛ أي : هل ينتقض الصرف بتأخيرها ؟ قال : وهو مذهب القاضي إسماعيل ، أو لا ينتقض ؟ قال : وهو مذهب «المدونة» .

خليل : وفيه نظر ؛ لأنه يلزم أن يكون المصنف قدم غير المشهور .

وقال ابن عبد السلام : إن قوله في «المدونة» يوافق القول الأول على الاحتمال الأول ؛ أي : أنه إذا رد ، رد الزيادة .

قال : ويكون القول الثاني على الاحتمال الثاني من تمامه .

وَلَوْ اسْتَحَقَّ الْمَسْكُوكُ بَعْدَ الْمُفَارَقَةِ أَوْ الطُّوْلُ أَوْ التَّعْيِينَ انْتَقَضَ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَإِلَّا فَالْعَكْسُ...

أي : إذا اضطررنا بمسكوك من الجانبين أو من جانب فاستحق المسكوك بعد المفارقة ، أو بعد أن طال المجلس ولم يفترقا ، أو كان المسكوك المعقود عليه معيناً وإن لم يحصل طول ولا مفارقة ، فإن الصرف ينتقض على المشهور ، إذ لا يلزمه غير ما عين ، وإن لم يعين فقد تعينت بالقبض أو المفارقة على ما نقله ابن راشد كما تقدم .

ورأى في الشاذ أنها لا تتعين ، فيجبر على البذل في الثلاثة .

وقوله : (وَالْعَكْسُ) أي : فإن لم تكن مفارقة ولا طول ولا تعيين لم ينتقض .

قال بعض من تكلم على هذا الموضع : والمراد بالعكس عدم النقص فقط ، لا باعتبار دخول الخلاف وانعكاس المشهور ؛ لأنه إذا لم يكن طول ولا افتراق ولا تعيين أجبر على البذل إذا كان عنده غيرها اتفاقاً .

وكلام المصنف قريب من كلام صاحب «الجواهر»^(١) ، وذكر أن المشهور مذهب

«المدونة» ، وعزا الشاذ لأشهب ، وجعل هذا الخلاف إذا حصلت المفارقة أو الطول .

وقال ابن الكاتب : إنما اختلاف ابن القاسم وأشهب إذا حصل استحقاق بالحضرة ، فعند ابن القاسم لا يلزمه الإتيان بمثلهما سواء وقع الصرف على معين أم لا ، وعند أشهب لا يلزمه ذلك إذا كانت الدراهم معينة ، وأما إذا كانت غير معينة فينتقض .

وذكر ابن عبد السلام أن القرويين اختلفوا في محل القولين اللذين في «المدونة» ، هل هو عند الافتراق أو الطول ، أو عند عدم كل واحد منهما . ولنذكر لفظه في «المدونة» ليتبين لك الفهمان ، قال فيها ^(١) : ومن اشترى إبريق فضة بدنانير أو دراهم ، فاستحقت الدنانير أو الدراهم انتقض البيع ؛ لأنه صرف ، ومن صرف دنانير بدراهم فاستحقت الدراهم انتقض الصرف .

وقال أشهب : لا ينتقض إلا أن تكون دراهم معينة يريه إياها ، وإنما باعه بدراهم عنده أو من كيسه أو تابوته فعليه مثلها مكانه ما لم يفترقا .

ابن القاسم : ولو أنه إذا استحقت ساعة صارفه ، قال : خذ مثلها مكانه قبل التفرق جاز ، ولو طال أو تفرقا لم يجز .

فقوله في قول أشهب : مكانه ما لم يفترقا ، دليل على أنه إنما يخالف إذا كان بالحضرة . وقوله في «المدونة» ^(٢) في أول المسألة : ينتقض الصرف ، يحمل على ما إذا لم يكن بالحضرة .

تنبيهات:

الأول : قيد ابن يونس قوله في «المدونة» : إنها إذا استحقت وقال له ساعة صارفه : خذ مثلها ، جاز بما إذا تراضيا ، وكذلك قال ابن المواز .

وغمز أبو بكر بن عبد الرحمن ما قاله ابن المواز من اشتراط التراضي ، قال : لأنه لو كان مراده أن الخلف إنما يجوز بالتراضي لم يكن لتقييد هذا الجواب بقوله : ما لم يفترقا معنى ؛ لأنهما إذا افترقا وتراضيا على خلف الدراهم المستحقة صار ذلك مستأنفاً لا يمنع منه ما تقدم من عقد بطل باستحقاق الدراهم .

(١) «المدونة» (٢٤/٣) .

(٢) «المدونة» (٢٤/٣) .

المازري: وهذا قد يعتذر عنه بأنه قيد بقوله : ما لم يفترقا ؛ لأنهما إذا افترقا وتراضيا يبدل الدراهم المستحقة صار ذلك تميمًا للعقد المتقدم الذي كشف العيب أنهما لم يتناجزا فيه ، وقد تتطرق التهمة لكون العاقلين أو أحدهما قصد إلى ذلك في أصل العقد .

التنبيه الثاني : ما تقدم في متن كلام المصنف والتعيين ثابت في كل النسخ التي رأيتها ، وكذلك ثبت ذلك في نسخة ابن راشد وسقط من نسخة ابن عبد السلام .

والإثبات موافق لكلام المازري وابن شاس^(١) ، فإنهما أشارا إلى أنه إن حصل التعيين انتقض الصرف ولو مع الحضرة على المشهور ؛ لأنهما نصا على أن هذه المسألة تجري على الخلاف في تعيين الدراهم بالتعيين .

وقد صرح اللخمي بذلك ؛ أعني : بالنقض إذا كانت الدراهم معينة ، سواء استحق بالحضرة أم لا ، لكنه مخالف لما تقدم من أن ابن القاسم يجيز البدل في الدراهم مطلقاً ، سواء كانت معينة أو لا ، وإنما يأتي الإثبات على قول أشهب فتأمله .

وَلَوْ اسْتَحَقَّ الْمَصْوَغُ انْتَقَضَ مُطْلَقًا .

يعني : لو وقع العقد على مصوغ من الجهتين أو أحدهما فاستحق ، انتقض الصرف سواء كان بحضرة العقد ، أو الافتراق ، أو الطول ، وإليه أشار بقوله : مطلقاً ؛ لأن المصوغ يراد لعينه .

ثُمَّ إِنْ كَانَ لَمْ يُخَيَّرِ الْمُصْطَرَفُ ، فَلِلْمُسْتَحَقِّ إِجَازَتُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْخِيَارَ الْحَكْمِيَّ لَيْسَ كَالشَّرْطِيِّ ...

أتى بـ (ثُمَّ) للتراخي . أي : إذا عقد الصرف بمصوغ ثم انتقض بسبب الاستحقاق ، فإن أراد المستحق إجازة العقد فلا يخلو المصطرف - وهو المشتري لهذا - : إما أن المستحق مخبر بأن المصوغ ليس ملكاً للدافع أو لا ، فإن لم يخبره فللمستحق إجازته على المشهور فيهما ؛ أي : في المصوغ والمسكوك ، قاله بعضهم وهو الظاهر .

وقال ابن عبد السلام : هو عائد على الصورتين المفهوميتين من السياق ؛ وهما : كون الاستحقاق بحضرة الصرف أو بعد ذلك .

قال : ويحتمل أن يعود الضمير على صورتين منطوق بهما ؛ وهما : كون الاستحقاق

بعد الطول وقبل المفارقة ، والثانية بعد المفارقة ، ورجح هذا على الأول بأن عود الضمير على منطوق به أولى .

وقوله : (عَلَى الْمَشْهُورِ) . أي : لأن خيار المستحق أدى إليه الحكم .

والشاذ لأشهب : يمنع كخيار الشرط ، ونظيرها ما إذا قال لو كي له : أبدل لي فو لا بقمح فأبدله بشعير ، وكذلك فيما يطلب فيه التناجز .

وأطلق المصنف في المشهور ، وهو مقيد بحضور المصوغ ، نص عليه في «التهذيب»^(١) .

وناقض سحنون قول ابن القاسم هذا بحضور اشتراط الخلخالين ، بقوله فيمن استودع قمحاً فباعه بطعام مخالف : إن للمستحق إجازة البيع ، ولم يشترط حضور القمح ، والفرق أن المودع ضمن القمح بتعديه بالبيع فوجب في ذمته مثله فأخذ عنه تمراً مثلاً ، ذلك جائز ، إذ لا معنى لاشتراط حضور ما بقي في الذمة ، بخلاف الذي تولى الصرف في مسألة الخلخالين فإنه غير متعد فلم تتعلق بذمته ، فأشبه صرفها صرف الوديعة ، فلذلك اشترط الحضور .

وناقض اللخمي والمازري قول أشهب هنا بقوله : في العبد يتزوج حرة بغير إذن سيده ويدخل بها ، ثم توجد هي تزني ، أن رجمها موقوف على إجازة السيد النكاح ، فإن أجازته كانت محصنة ورجمت ، وإن لم يجزه لم ترجم وحدث حد البكر ، وهو اعتراض ظاهر .

فَلَوْ أَخْبَرَهُ، فَهُوَ كَصَرَفِ الْخِيَارِ .

أي : فلو أخبره دافع المصوغ أنه ليس له وأنه تولى الصرف فيه بغير إذن ربه ، فهو كصرف الخيار الشرطي ، وقد تقدم أن المشهور منعه .

وَالصَّرْفُ وَالْبَيْعُ مُمْتَنِعٌ، خِلَافًا لِأَشْهَبَ إِلَّا فِي الْيَسِيرِ .

أي : أنه لا يجوز أن يجتمع في العقد بيع وصرف إلا في اليسير ، وجوزه أشهب في اليسير والكثير .

والاستثناء يحتمل أن يرجع إلى قوله : (مُمْتَنِعٌ) ويحتمل أن يرجع إلى (خِلَاف) أي : إلا في اليسير ، فإن أشهب لا يخالف في ذلك ، ووجه المشهور بوجوه :

أحدها : أن اجتماع البيع معه يؤدي إلى ترقب حله بوجود عيب في السلعة .

ثانيها : لأن الصفقة قد جمعت بين عقدين مختلفي الأحكام ؛ لأن الصرف لا يجوز فيه التأخير والخيار بخلاف البيع .

ثالثها : لثلا يؤدي إلى صرف بنسيئة ، من حيث إن السلعة قد تستحق فلا يعلم ما يصيب الصرف من الثمن إلا في ثاني حال .

سنة : وليس هذا من باب النسيئة ، وإنما هو من باب الجهالة .

ورأى أشهب أن العقد قد اشتمل على جائزين فلا منع ، فإن وقع على المشهور ، ففيل : هو كالعقود الفاسدة يفسخ ولو مع الفوات ، وقيل : هو من البياعات المكروهة فيفسخ مع القيام لا مع الفوات .

ابن رشد : وهو المذهب .

فائدة : قال القرافي^(١) : لا يجتمع مع البيع عقود يجمعها قولك : (جص مشق) فالجيم : للجمالة ، والصاد : للصرف ، والميم : للمساقاة ، والشي : للشركة ، والنون : للنكاح ، والقاف : للقراض ؛ لتضاد أحكامها . ونظمها بعضهم فقال :

عقود منعناها مع البيع ستة ويجمعها في اللفظ جص مشق

فجعل وصرف والمساقاة شركة نكاح قراض منع هذا محقق

فَإِنْ كَانَ الْجَمْعُ دِينَارًا فَيَسِيرٌ ، وَقِيلَ : مَعَ كَوْنِ أَحَدِهِمَا ثُلُثًا فَأَدْنَى ، وَقِيلَ : مَعَ كَوْنِهِ كَالدَّرْهِمِ يَعْجِزُ...

الأول : هو مذهب «المدونة» ، ولا يشترط فيه أن يكون الصرف أو البيع تابعاً ، بل كيفما كان فهو جائز ؛ لأن الضرورة داعية إلى الوقوع في مثل هذا كثيراً .

والقول الثاني : عدم الجواز إلا بشرط التبعية ، إما بأن يكون البيع تابعاً للصرف أو العكس ، والتابع هو الثلث فأقل .

والقول الثالث : لا يجوز الصرف والبيع في دينار إلا أن يكون البيع يسيراً ، مثل أن يصرف ديناراً بعشرة دراهم فيعجز الدرهم أو النصف فيدفع إليه عرضاً بقدره لتحقيق الضرورة ، وهو قول عبد الوهاب^(٢) .

(١) «الذخيرة» (٤/٣٩٢) .

(٢) «المعونة» (٢/١٠٢٧) ، و«ال تلقين» (٢/٣٧٩) .

ولابن القاسم في «الموازية» رابع : جواز كون الصرف في الدينار الواحد تابعاً للثلث فأقل ، ومنع عكسه وهو كون البيع تابعاً .

فَإِنْ كَانَ الصَّرْفُ فِي أَكْثَرَ مِنْ دِينَارٍ، فَالْيَسِيرُ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بِأَقَلِّ مِنْ دِينَارٍ، وَقِيلَ: أَنْ يَكُونَ ثُلُثًا فَأَدْنَى...

أي : فإن كان الصرف في أكثر من دينار ، فلا بد أن يكون البيع في أقل من دينار ، أي : لا بد من اشتراك البيع والصرف في دينار ، كما لو صارفه عشرة دنانير بمائة وتسعين ونصف إردب قمحاً والصرف بعشرين ، وكلامه ظاهر التصور .

ونسب في «الجواهر»^(١) القول الذي صدر به المصنف لابن مناس ، وذكر أن القول الثاني نقله ابن محرز عن بعض الأشياخ .

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْبَيْعُ أَكْثَرَ لَمْ يَجْزِ اتِّفَاقًا، إِلَّا فِي صَرْفٍ أَقَلِّ مِنْ دِينَارٍ .

يعني : أن الخلاف المتقدم إنما هو إذا كان الصرف أكثر ، وأما إذا كان البيع الأكثر ، فالاتفاق على أنه لا يجوز إلا إذا كان الصرف في أقل من دينار كالقول الأول .

والمراد بالاتفاق : اتفاق القائلين بمنع اجتماع الصرف والبيع ، وأما على قول أشهب الذي يجيزهما مطلقاً ، فلا .

ولا يقال : ينتقض الاتفاق الذي حكاه المصنف بما حكاه بعضهم عن ابن حبيب من جواز دينار فأقل ؛ لأن ابن يونس والمازري أنكراه .

والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها : أن الصرف أضيق من البيع ، فإذا كان البيع تابعاً انسحب عليه حكم الصرف فكان أحوط ، بخلاف العكس ، واستشكل لأنهم يغلبون حكم الصرف وإن كان قليلاً في وجوب تقديم السلعة على المعروف ، خلافاً للسيوري في إبقاء كل من البيع والصرف على حكمهما على الانفراد ، فأوجب تسجيل الصرف وأجاز تأخير السلعة .

وَأَمَّا الْمُسْتَثْنَى الْيَسِيرُ، فَرُوي أَنَّهُ الدَّرْهَمُ، وَرُوي الثَّلَاثَةُ، وَرُوي قَدْرُ ثُلْثِ دِينَارٍ، كَسِلْعَةٍ بِدِينَارٍ إِلَّا دَرَاهِمًا...

إن قلت: لم جوزوا في مسألة الاستثناء ما لم يجوزوه في مسألة اجتماع البيع والصرف

مع أنها راجعة إليها ، إذ حاصل قوله : هذه السلعة بدينار إلا درهماً ، بعتك السلعة والدرهم بدينار ، وهو بيع وصرف .

وإنما قلنا : إنهم أجازوا هنا ما لم يجزوه هناك ؛ لأنهم أجازوه هنا مع تأخير النقدين وتقدم السلعة .

فالجواب : أنه سؤال حسن ، ولعلهم راعوا أن الاستثناء أصله أن يكون يسيراً ، والضرورة تدعو إلى اليسير ، والمتبايعان إنما بنيا كلامهما أولاً على البيع ، فكان الصرف غير مقصود ، بخلاف البيع والصرف ؛ فإنهما لما أتيا أولاً بالصرف والبيع علم أنهما مقصودان .

وقوله : (**فَرُويَ أَنَّهُ الدَّرْهَمُ**) مقتضاه : أنه لا يجوز في الدرهمين .

والذي في «المدونة» وغيرها : أن الدرهمين في حكم الدرهم ، ولم أر من اقتصر على الدرهم كما فعل المصنف ، بل صرح المازري بالاتفاق على يسارة الدرهمين ، والرواية بالثلاثة لابن عبد الحكم ، والقول بإجازة الثلث للأبهري ، هكذا نقله الباجي^(١) وابن شاس^(٢) ، ولم أر أحداً صرح بأنه رواية ابن راشد .

وهذا الخلاف إنما هو إذا وقع البيع وفيه التأجيل على ما سيأتي إن شاء الله ، وأما مع الانتقاد فيجوز أكثر من ذلك .

فَإِنْ كَانَ نَقْدًا فَجَائِزٌ ، وَفِي تَأْجِيلِ الْجَمِيعِ مُمْتَنَعٌ .

أي : إذا كان الجميع السلعة والدينار والدرهم نقداً فجائز .

ابن راشد : بلا خلاف ، وإن تأجل الجميع فهو ممتنع ؛ لأنه صرف مستأخر ، ودين بدين إن كانت السلعة غير معينة ، وبيع معين يتأخر قبضه إن كانت معينة .

وَفِي تَأْخِيرِ النَّقْدَيْنِ يَجُوزُ لِلتَّبَعِيَّةِ .

يعني : فإن تقدمت السلعة وتأخر النقدان جازت المسألة ، وعلل ذلك بالتبعية ؛ أي : أن السلعة لما قدمت وتأخر الدينار والدرهم علم أنهما غير مقصودين فلا يكون صرفاً مستأخراً .

(١) «المنتقى» (٢٤٣/٦) .

(٢) «الجواهر» (٣٧٦/٢) .

وذكر ابن المواز الاتفاق فيه ، لكن ذكر المازري وابن شاس^(١) أن ابن عبد الحكم خالفه ، فمنع لكونه ديناً بدين وصرفاً مستأخراً .

قال في «الجواهر»^(٢) : قال بعض المتأخرين : وقول ابن عبد الحكم هو القياس ، لاسيما إذا راعينا الاتباع في أنفسنا .

وفيها : وَيُقْضَى بِمَا سَمِيًا ، وَقِيلَ : بِدَرَاهِمَ وَيَتَقَاصَّانِ .

يعني : إذا وقعت هذه المسألة على الوجه الجائز فاختلف فيما يقع فيه القضاء ، فحكى عن «المدونة» . أن البائع يعطي الدرهم والدرهمين أو يأخذ الدينار أو الدينارين ، وليس ما نسبته «للمدونة» صريحاً فيها ، بل هو ظاهرها عند الأكثرين .

وصرح المازري بمشهوريته . ومنهم من فهمها على القول الثاني ؛ وهو أن البائع إذا حل الأجل إنما يأخذ صرف دينار ينقص درهماً أو درهمين .

وتَأْجِيلِ السَّلْعَةِ أَوْ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ مُمْتَنِعٌ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني : لو تقدم النقدان وتأخرت السلعة ، أو تقدمت السلعة وأحد النقدين وتأخر النقد من أحدهما ، المشهور فيهما المنع ، وهو مذهب «المدونة» .

وقيل : المشهور فيما إذا تأجلت السلعة مقيد في «الموازية» بما عدا التأخير اليسير ، قال فيها : إلا أن يتأخر بمثل خياطته ، أو حتى يبعث في أخذه وهو بعينه فلا بأس به ، والشاذ : الجواز فيهما .

ونقل في «المدونة» الشاذ في مسألة تأجيل السلعة عن مالك من رواية أشهب .

ونقل صاحب «الجواهر»^(٣) وغيره الشاذ في مسألة التأخير في أحد النقدين عن مالك من رواية ابن عبد الحكم .

وقد يظهر ما رواه ابن عبد الحكم ببداء الرأي ؛ لأنه إذا جاز تأخير النقدين معاً فلائذ يجوز تأخير أحدهما أخرى .

والفرق للمشهور : أن الاعتناء بالتقديم يدل على أنه المقصود عند المتبايعين ، فإذا تقدمت السلعة وتأخر النقدان دل تقديمهما على أن البيع هو المقصود ، بخلاف ما إذا تقدم

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٧٥) .

(٢) «الجواهر» (٢/ ٣٧٥) .

(٣) «الجواهر» (٢/ ٣٧٦) .

أحدهما ، فإنه يدل على أن الصرف مقصود ولم يحصل شرطه وهو المناجزة .

فَإِنْ اسْتَنْتَى دَرَاهِمَ مِنْ دَنَانِيرَ ، فَتَالِثُهَا : يَجُوزُ فِي النَّقْدِ .

مثال ذلك : لو باع مائة ثوب بمائة دينار ينقص كل دينار درهماً ، فمن أجاز رأى أن نسبة مائة درهم إلى مائة دينار كنسبة الدرهم إلى الدينار ، ويحتمل أن يكون مبنياً على جواز الصرف والبيع مطلقاً .

ومن منع نظر إلى كثرة الصرف ، ولا يخفى عليك توجيه الثالث .

وتبع المصنف في حكاية هذه الأقوال ابن بشير وابن شاس^(١) ، وإطلاق الأقوال هكذا مشكل ، ولا سيما الجواز مطلقاً والمنع مطلقاً .

والمنصوص في «الموازية» : فيمن ابتاع مائة جلد كل جلد بدينار إلا ثلاثة دراهم ، وذلك كله نقله ابن عبد السلام أن ذلك جائز ، وفيها ، وفي «العتبية» عن مالك : فيمن ابتاع خمسة عشر جلدًا كل جلد بدينار إلا درهماً إلى أجل ، ثم تحاسبا بعد البيع فصارت أربعة عشر ديناراً ، فلا خير في هذا البيع .

محمد : تحاسبا أو لم يتحاسبا لكثرة الدراهم في المؤجل .

مالك : ولو قطعوا صرف الدراهم قبل العقد ووقعت الصفقة بدنانير معلومة جاز ذلك نقداً ومؤجلاً ، مثل أن يقول : إن وقع بيننا بيع بدراهم فبيعها كذا وكذا بدينار فهذا الجائز ، وإلا لم يجز نقداً ولا إلى أجل ؛ لأنه صرف وبيع إلا في دراهم يسيرة .

وقال مالك في «العتبية»^(٢) : إذا كان ذلك قبل البيع . وقد حققها في «البيان» تحقيقاً شافياً ، فقال : إن وقع البيع بينهما على أن يتقاسما من الدنانير ما اجتمع من الدراهم المستثناة بسوم سمياء ولم يفضل من الدراهم شيء بعد المقاصة ، مثل أن يبيع ستة عشر ثوباً كل ثوب بدينار إلا درهماً على أن يحسبا ستة عشر درهماً بدينار ، جاز البيع نقداً أو إلى أجل ؛ لأن البيع انعقد بخمسة عشر .

وكذلك إن فضل بعد المقاصة درهم أو درهماً ؛ لأنه يجوز أن يبيع الرجل السلعة بدينار إلا درهماً وإلا درهمين على أن يتعجل السلعة ويتأخر النقدان ، فإن فضل بعد المحاسبة دراهم كثيرة فيجوز البيع إن كان نقداً ولا يجوز إلى أجل .

(١) «الجواهر» (٣٧٦/٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١١٥/٧) .

وإن لم يقع بينهما على شرط المحاسبة ، فيجوز إن كانت الدراهم المستثناة الدرهم والدرهمين نقداً أو إلى أجل ، ويجوز إن كانت كثيرة دون صرف دينار إن كان نقداً ، ولا يجوز إلى أجل .

وإن كانت أكثر من صرف دينار ، فلا يجوز نقداً ولا إلى أجل على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ولا تنفع المحاسبة بعد البيع إذا لم يقع البيع بينهما على ذلك .

فَإِنْ اسْتَشْنَى جُزْءاً جَازَ مُطْلَقاً ، وَقِيلَ : كَالدِّرَاهِمِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ جُزْءَ الدِّينَارِ ذَهَبٌ إِلَى الْقَضَاءِ أَوْ وَرَقٍ ...

كما لو باع بدينار إلا سدساً أو خمسا ونحو ذلك ، فالمشهور : أنه يجوز مطلقاً بالنقد والأجل ، بناء على أن جزء الدينار ذهب فيقاصه .

والقول الثاني : لا يجوز في هذه الصورة إلا ما جاز في مسألة الدراهم ، بناء على أن جزء الدينار ورق ، إذ لا يقضي القاضي عليه عند المناجزة إلا بالورق .

الْمُمَاثَلَةُ ، وَلِطَلَبِ تَحَقُّقِهَا مَنَعَ بَيْعَ دِينَارٍ وَدِرْهَمٍ أَوْ غَيْرِهِ بِدِينَارٍ وَدِرْهَمٍ أَوْ غَيْرِهِ .

لما فرغ من المناجزة أتبعها بالمماثلة ، ولا شك في طلبها ، ولأجل أنه لا بد منها منع ما يوجب شكا فيها ، فلا يجوز أن يضاف إلى أحد النقيدين جنس آخر كما مثل ؛ خشية أن تكون الرغبة في أحد الدرهمين أكثر فيقابله من الجهة الأخرى أكثر من درهم ، فيؤدي إلى التفاضل .

وقوله : (أَوْ غَيْرِهِ) أي : ثوب أو غيره من الطعام ونحوه .

فَأَمَّا دِرْهَمٌ بِنِصْفٍ فَمَا دُونَهُ أَوْ فُلُوسٌ أَوْ طَعَامٌ ، فَجَائِزٌ لِلضَّرُورَةِ ، وَبِأَكْثَرٍ مِنْ نِصْفٍ مُمْتَنَعٌ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي أَقَلِّ مِنْ نِصْفٍ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي غَيْرِ الْفُلُوسِ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ بِحَالٍ وَإِنْ قَلَّ ...

هذا مستثنى من القاعدة المذكورة ، وعلل الجواز فيه بالضرورة .

ومعنى المسألة : أن يعطي الإنسان درهماً فيأخذ بنصفه فلوساً أو طعاماً ويرد عليه النصف الآخر فضة .

وذكر الشوشاوي ، وأبو الحسن وغيرهما لهذه المسألة ستة شروط :

أولها : أن يكون في الدرهم الواحد ؛ لأن الضرورة غالباً إنما تدعو إليه ، فلا يجوز

في أكثر ولا في دينار ؛ لقول مالك في «كتاب محمد» : فيمن اشترى بثلاث دينار قمحاً فدفعت ديناراً وأخذ قطعة ذهب منقوشة أكره ذلك .

وعلمه اللخمي باختلاف بيع الدينار وكسره ، بخلاف الدرهم وكسره .

الثاني : أن يكون في بيع وما في معناه كالإجارة ، احترز به من القرض ؛ لأنه لا ضرورة تدعوهم في القرض .

الثالث : أن يكونا مسكوكين .

الرابع : أن يكون المردود النصف فما دون ، وأجاز أشهب ثلاثة أرباع .

الخامس : أن ينقد الجميع ، وإن تأخر أحد العينين جرى على الخلاف في مسألة الدرهم والدرهمين إذا تأخر أحد العينين .

السادس : أن تكون السكة واحدة .

وزاد أبو الحسن سابعاً : وهو أن يكونا معروفين الوزن .

وثامناً : أن يكون في بلد لا فلوس فيها ولا خرايب ولا أرباع .

وقد حكى المصنف في هذا الأخير الخلاف .

قوله : (وَبِأَكْثَرِ مَنْ نَصَفَ مُمْتَنِعٌ) هكذا عبر المازري بالمنع ، والذي في «المدونة» إنما هو الكراهة في رد الثلاثين فضة ، لكن كثيراً ما يعبر مالك عن المنوع بالمكروه .

وقوله : (وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي أَقَلِّ مَنْ نَصَفَ) لتحقيق التبعية ، وهذا القول في «الموازية» لابن القاسم وأشهب .

وقيل : لا يجوز إلا في غير الفلوس ؛ أي : إلا في غير بلد الفلوس ، وأما في بلدها فلا يجوز أن يأخذ بنصف طعاماً وبنصف فضة ؛ لأن الضرورة زالت لوجود الفلوس ، ونسبه اللخمي لأشهب .

وهكذا مشى هذا القول الثالث الشارحون ، ويمكن أن يمشى على أنه لا يجوز أن يأخذ مع النصف الفضة فلوساً ، وإنما يأخذ طعاماً وما أشبهه ؛ لأن الفلوس لما كانت تشبه النقد صاروا نقدين في مقابلة نقد ، وهذا القول لمالك في «العتبية» ، لكن إنما قال في «العتبية» : لا أحب أن يأخذ بنصفه فلوساً ونصفه فضة ، ولا بأس أن يأخذ بنصفه فضة ونصفه طعاماً ، فعبر : بـ «لا أحب» ، وكذلك عبر صاحب «البيان»^(١) بالكراهة .

(١) «البيان والتحصيل» (٦/٤٨٥) .

لكن كثر تعبيرهم عن الممنوع هنا بالكراهة ، وقد نقله عياض بلفظ المنع عن «الموازية» ، ولفظه : وأجاز في «الموازية» أن يأخذ بكسر الدرهم سلعة ويأخذ بباقيه درهماً صغيراً ، ومنع ذلك في نصفه فلوساً ونصفه فضة ، ورواه يحيى عن مالك ، ووافقه عليه ابن القاسم في «الموازية» .

وأشار عياض وغيره إلى أن ما منعه أشهب - أعني : إذا كان في البلد فلوس - وما أجازاه إذا كان في البلد دراهم صغار متناقض ، قال : وهو خلاف من قوله ، ولا فرق بينهما .

وقيد ابن يونس المذهب : بما إذا لم تكن الأنصاف والخراريب غالبية ، وأما إن كانت غالبية فلا يجوز الرد بوجه .

قوله : (وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ بِحَالٍ) هو للمالك في «الموازية» ، واختاره ابن عبد السلام ، قال : لأن الضرورة لم يثبت أن الشرع اعتبرها .

وَفِي التَّبْرِ يُعْطِيهِ الْمُسَافِرُ دَارَ الضَّرْبِ وَأُجْرَتُهُ وَيَأْخُذُ وَزَنَهُ قَوْلَانِ .

هذا أيضاً مستثنى مما تقدم ؛ يعني : أنه اختلف في المسافر يأتي دار الضرب بفضة أو ذهب يدفعها إليهم ويدفع أجرتها ويأخذ وزن ما دفع مسكوكاً ، والقولان للمالك .

أجازاه في سماع ابن القاسم ، وابن وهب ، وقال ابن القاسم : أراه جائزاً للمضطر وإذا الحاجة .

مالك : وقد عملت به الناس زمان بني أمية ويفعله أهل الوريح ، وبالمنع قال الأكثرون ، وذكر ابن حبيب أنه سأل عن ذلك من لقي من المدنيين والمصريين فلم يرخصوا فيه بحال ، ولهذا قال في «البيان»^(١) : والصواب عدم الجواز إلا مع الخوف على النفس الذي يبيح أكل الميتة .

ابن حبيب : وأما الصائغ فلا يجوز معه ذلك قولاً واحداً .

واختلف قول مالك أيضاً في خلط ذهب الناس في الضرب بعد تصفيتهما ومعرفة وزنها ، فإذا خرجت أخذ كل بحسب ذهبه .

وَكَذَلِكَ الزَّيْتُونُ بِالزَّيْتِ .

أي : وكذلك اختلف في الزيتون يعطيه لأهل المعصرة ويأخذ قدر ما يخرج ، والمنع

(١) «البيان والتحصيل» (٦/٤٤٣) .

هنا أقوى لوجهين :

أحدهما : أن الضرورة هنا أضعف من الضرورة في التبر لكثرة المعاصر .

والثاني : أن خروج الزيت مما يختلف .

وإذا بيع محلي مباح من أحد النقدين بصنفه ، فإن كان المحلي تبعاً جازاً مُعَجَّلاً على المشهور ، وفي المؤجل قولان...

هو أيضاً مستثنى لأجل الضرورة الداعية إليه مع كونه جائز الاتخاذ ؛ أي : إذا بيع شيء محلي بذهب أو فضة ، وهو معنى قوله : (من أحد النقدين) كمصحف أو سيف بصنفه ، أي : كان محلي بفضة ويبيع بفضة ، أو بذهب ويبيع بذهب فيجوز على المشهور ، خلافاً لابن عبد الحكم بثلاثة شروط :

الأول : أن تكون الحلية تبعاً للمحلي ، وإليه أشار بقوله : (تبعاً) .

الثاني : أن تكون الحلية مباحة .

الثالث : أن تكون مسمرة على المحلي في نزعها ضرر ، وإن لم يكن في نزعها ضرر فلا ، قال الباجي ^(١) : كالفصوص المصوغ عليها ، أو حلية المصحف المسمرة عليه ، وحلية السيف المسمرة في حمائله وجفنه .

وأما القلائد التي لا تفسد عند نظمها ، فظاهر المذهب : أنه لا تأثير لها في الإباحة ، وبه قال ابن حبيب .

وهذا الشرط أيضاً يؤخذ من كلام المصنف ؛ لأنه لا يقال : محلي مع الانفصال .

وذكر ابن راشد عن المتأخرين قولين ؛ بالجواز ، والمنع إذا كان يغرم ثمناً في رد الحلية بعد فصلها .

وقال اللخمي : لم يختلفوا إذا كانت الحلية منقوشة وهي تبع له أنه لا يجوز أن يباع نصل السيف وحليته بجنسها نقداً ولا إلى أجل .

قال : وأرى إذا كانت قائمة بنفسها صيغت ثم ركبت وسمرت أن يكون لها حكم المنقوض ؛ لأنه ليس في ذلك أكثر من أنها سمرت بمسامير .

قوله: (وَفِي الْمُؤْجَلِ قَوْلَانِ) المازري: المشهور المنع خلافاً لسحنون وأشهب . وهذان القولان مفرعان على المشهور، وإلا فابن عبد الحكم الذي يمنع في النقد بمنع المؤجل أولى، وفي مسألة التأخير قول ثالث لمحمد بالكراهة .

إن قيل: لم أجازوا هنا ما لم يجيزوه في البيع والصرف ؟

قيل: للضرورة إلى استعماله وللمضرة الحاصلة في نزعه، والله أعلم .

المتيضي: فإن بيع بصفة إلى أجل فسخ ورد، إلا أن يفوت بتفصيل حليته فيمضي ولا يرد، هذا مذهب ابن القاسم في «المدونة» وغيرها ، وقال أشهب : يكره ابتداءً، فإن وقع مضى ولا يرد .

وَأِنْ لَمْ يَكُنْ تَبَعًا لَمْ يَجْزُ

يعني: وإن لم تكن الحلية تبعاً لم يجز بيعه بصنف حليته نقداً ولا إلى أجل؛ لعدم تحقق التماثل .

فَإِنْ بَاعَ بغيرِ صِنْفِهِ، فَإِنْ كَانَ تَبَعًا جَازَ مُعْجَلًا، وَفِي الْمُؤْجَلِ قَوْلَانِ

كما لو كان محلياً بفضة وبيع بذهب، ولا خفاء في الجواز مع النقد إذا كان تبعاً؛ لأن الصرف غير مقصود ، والمشهور من القولين في المؤجل: المنع خلافاً لسحنون .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَبَعًا جَازَ مُعْجَلًا فَقَطْ

أي: وإن بيع بغير صنفه والحلية ليست تبعاً جاز معجلاً .

وظاهر كلامه: أنه لم يختلف فيه كما في البيع والصرف، ولعله لعدم انفكاك أحدهما عن الآخر .

وظاهر كلام اللخمي: أنه يجري فيه ما جرى في البيع والصرف .

وَالْتَّبَعُ: الثُّلُثُ، وَقِيلَ: دُونَهُ، وَقِيلَ: النِّصْفُ

الأول: هو المذهب .

والثاني: خرج ابن بشير مما قيل في المذهب أن الثلث كثير، والقول بتبعية النصف

مشكل؛ لأن النصف لا يكون تبعاً لنصف آخر، لكن استدل له بقوله سبحانه وتعالى:

﴿قُمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا . نِصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا﴾ [المزمل: ٢، ٣] وهذا القول حكاه الباجي

عن بعض العراقيين ، وخرجه الباجي أيضاً من إجازتهم الشراء بنصف درهم ورد نصف درهم .

وَيُعْتَبَرُ بِالْقِيَمَةِ ، وَقِيلَ : بِالْوَزْنِ مَعَ قِيَمَةِ الْمُحَلَّى

سببهما ، هل تعتبر الصياغة أم لا ؟ ومعنى كلامه : أنا إذا بنينا على المشهور من أن التبع الثلث ، أو على غيره من الأقوال ، فهل يعتبر التبع بالقيمة أو بالوزن فقط ؟ فإن كان وزن الحلية عشرين ، ولصياغتها تساوي ثلاثين ، وقيمة النصل أربعين ، جاز على الثاني دون الأول ، والقول باعتبار القيمة هو ظاهر «الموطأ» و«الموازية» ، قاله ابن يونس . والثاني : ذكر الباجي (١) أنه ظاهر المذهب قياساً على النصاب في السرقة والزكاة .

ورد [ابن يونس] (٢) : بأن من أصلنا التحريم بالأقل ، وأما السرقة والزكاة فإنما رتب النصاب فيهما على الوزن ، وما [قلناه] (٣) : من أنه تنسب قيمة الحلية مصوغة أو وزنها غير مصوغة إلى مجموع المبيع ، فإن كانت ثلثه جاز ، هو المذهب الذي قاله الناس كما في بياض المساقاة ، ونسبها ابن بشير إلى قيمة المحلى ، فإن كانت ثلث ذلك جاز وإلا امتنع ، وليس كذلك ؛ لأنه إذا نسبت إلى النصل والجفن مثلاً فكانت ثلثهما كانت ربع الجميع .

وَالثَّوْبُ الَّذِي لَوْ سَبَكَ خَرَجَ مِنْهُ عَيْنٌ كَالْمُحَلَّى ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ فَقَوْلَانِ

يعني : والثوب الذي نسج فيه أو طرز بالذهب أو الفضة إن كان يخرج منه لو سبك عين فأجره على ما تقدم في المحلى ، وإن لم يخرج كالورقة فلأشياخ قولان بناءً على استهلاكه أو قيام صورته .

وَالْحُلِيِّ مِنَ النَّقْدَيْنِ وَحَدُهُ ، أَوْ مَعَ سِلْعَةٍ مُمْتَنَعٍ بِعَيْنٍ أَحَدَهُمَا اتِّفَاقًا

أي : إذا كان المحلى مصوغاً من الذهب والفضة ، سواء بيع وحده أو مع سلعة وليس أحدهما تبعاً .

وحذف المصنف ذلك اكتفاء بذكر التبعية في قسيمه ، فلا يجوز بيعه بواحد من الصنفين اتفاقاً ؛ لأنه إذا امتنع بيع سلعة وذهب بذهب فأحرى بيع فضة وذهب بذهب .

(١) المتقى (٦ / ٢٥٠) .

(٢) في ط : ابن بشير .

(٣) في ط : قلنا .

فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا تَبَعًا لَمْ يَجْزُ بِصِنْفِ الْأَكْثَرِ، وَفِي صِنْفِ التَّبَعِ قَوْلَانِ

أي: فإن كان الذهب تابعا للفضة أو العكس لم يجز بيع ذلك بصنف المتبوع، واختلف في بيعه بصنف التابع، ومذهب «المدونة»: أنه لا يباع به، وفي «الموازية»: وما حلي بذهب وفضة .

قال ابن القاسم عن مالك: فليع بأقلهما إن كان الثلث فدون يدا بيد، وإن تقاربا بيع بالعروض أو الفلوس .

ثم رجع مالك، فقال: لا يباع بورق ولا بذهب على حال، وبهذا أخذ ابن القاسم . وبالجواز أخذ ابن زياد، وأشهب، وابن عبد الحكم .

وأورد ابن عبد السلام على المصنف: أنه ذكر إذا لم يكن أحدهما تابعا للآخر الاتفاق على أنه لا يجوز بيعه بأحدهما، قال: وليس كذلك؛ لأن ابن حبيب أجاز بيعه بكل واحد من النقيدين إذا كان مجموعهما تابعا للسلعة، سواء كان أحدهما تابعا للآخر أو لا إذا كان نقداً، قاله في «الواضحة» .

بل قال اللخمي: ولم يختلف في المحلى يكون فيه ذهب وفضة ، ولؤلؤ وجوهر، والذهب والفضة الثلث فأقل، واللؤلؤ والجوهر الثلثان فأكثر، أنه يباع بأقل من ذلك كالسيف .

وقال صاحب «الإكمال»^(١): فإن كان فيهما عرض وهما الأقل بيع بأقلهما قولاً واحداً .

والتَّبَعِيُّ بِالْقِيَمَةِ، وَقِيلَ بِالْوَزَنِ

القولان كالقولين المتقدمين .

وَالْمَغْشُوشُ: مُقْتَضَى الرُّوَايَاتِ جَوَازُ بَيْعِهِ بِصِنْفِهِ الْخَالِصِ وَزَنًا؛ لِأَنَّهُ كَالْعَدَمِ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ...

والمغشوش: خلط جسم بجسم حتى لا يمكن التمييز بينهما، والظاهر أنه لا يريد بالروايات هنا أقوال مالك ، وإن كان ذلك الاصطلاح، وإنما أراد منصوبات المذهب،

ومعنى كلامه: أنه يؤخذ من روايات المذهب جواز إبدال المغشوش بالخالص وزناً، والجواز حكاه ابن شعبان .

وحكى في «البيان» ^(١) القولين صريحين، قال: والصحيح عدم الجواز لعدم التماثل . ولم يقم دليل على تقديرهم الغش في القول الأول كالعدم، لكن الأول هو الذي يؤخذ من كلام ابن القاسم في «المدونة» وكلام غيره .

وذلك هو الذي أشار إليه المصنف بالروايات ، ولقول ابن القاسم: ولا يعجبني بيع الدرهم الرديء - وهو الذي عليه النحاس - بدرهم فضة وزناً بوزن ولا عرض؛ لأن ذلك داعية إلى إدخال الغش في أسواق المسلمين ، لكن يقطعه ويجوز حيثنذ بيعه إذا لم يكن يغربه ولم يكن يجري بينهم .

فقول ابن القاسم: يقطعه وحيثنذ يجوز بيعه، يقتضي جواز بيعه بصنفة الخالص ؛ لأنه إنما منعه أولاً للغش وقد انتفى الغش .

قال في «المدونة»: قال أشهب: إن رد لغش فيه لم أر أن يساع بعرض ولا فضة حتى يكسر .

وإذا تقرر هذا علمت أنهم إنما تكلموا في المغشوش الذي لا يجري بين الناس، ويؤخذ من كلامهم جواز بيع المغشوش بصنفة الخالص إذا كان يجري بين الناس كما بمصر عندنا، والأقرب حمل كلام المصنف على هذه الصورة لا على الأولى، وهو ما أراده المصنف بالروايات، ويجوز بدله على وجه الصرف بدراهم جياذ وزناً بوزن، وهو يشبه البذل .

وقال صاحب «النكت» ^(٢)، وابن يونس ^(٣): وقول أشهب وفاق لقول ابن القاسم ، ومراد أشهب: بعد كسره، وظاهر قول أشهب جواز بدل المغشوش بالخالص ولو كثر مراطة، وأبقاه ابن محرز وغيره على هذا الظاهر ، وتأوله ابن الكاتب واللمحي على أنه إنما يجوز عنده في القليل الدرهمين والثلاثة ؛ لقوله: كالبدل .

ورد بأن قوله: وزناً بوزن ينافي ذلك ؛ لأن المبادلة لا يراعى فيها القدر بالوزن وإنما

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٢٠) .

(٢) «النكت والفروق» (٢ / ٤٢) .

(٣) «الجامع» (٨ / ٢٢٨) .

الاعتبار بالعدد، وتردد أبو عمران في قول أشهب هل هو وفاق لقول ابن القاسم أم لا؟

وَكَذَلِكَ الْمَغْشُوشُ بِالْمَغْشُوشِ عَلَى الْأَصْحَ

أي: وكذلك تجوز مراطة المغشوش بمغشوش مثله .

ابن عبد السلام: ولعل هذا مع تساوي الغش، وأما مع اختلافه فلا . انتهى .

وذكر صاحب «البيان» عن شيخه ابن رزق: أنه لا يجوز بدل المغشوش بالمغشوش؛ لأنه فضة أو ذهب ونحاس بذهب ونحاس .

قال: ولا أقول به، بل أرى ذلك جائزاً؛ لأن الفضة التي مع هذه كالتى مع هذه والنحاس كالنحاس، فلا يتقى في هذا ما يتقى في ذهب وفضة منفصلين بذهب وفضة منفصلين .

وَيُكْسَرُ الرَّائِفُ إِنْ أَفَادَ وَإِلَّا سُبِكَ

أي: إن أمن مع قطعه أن يغش به ، وإن لم يؤمن فلا بد من سبكه .

قال في «البيان»^(١): ولا يحل أن يغش بها أحداً ولا أن يبيعها ممن يغش بها ، ويكره أن يبيعها ممن لا يأمن أن يغش بها كالصيافة .

واختلف في بيعها ممن لا يدري ما يصنع بها ، فأجاز ابن وهب وجماعة من السلف، وكرهه ابن القاسم ورواه عن مالك .

ويجوز أن تباع ممن يكسرها أو ممن يعلم أنه لا يغش بها باتفاق، فإن باعها ممن يخشى أن يغش بها فليس عليه إلا الاستغفار، وإن باعها ممن يعلم أنه يغش بها وجب عليه أن يستردها، فإن لم يقدر فثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يجب عليه أن يتصدق بجميع الثمن .

والثاني: أنه لا يجب عليه أن يتصدق إلا بالزائد على قيمتها لو باعها ممن لا يغش بها .

والثالث: لا يجب عليه أن يتصدق بشيء منها ولكنه مستحب .

وَيُعْتَبَرُ الرَّبَّاءُ بَيْنَ السَّيِّدِ وَعَبْدِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ

أي: لا يجوز بين السيد وعبد ربا الفضل ولا ربا النساء، والشاذ لابن وهب؛ إما لأن العبد لا يملك، أو لأن السيد قادر على الانتزاع.

وينبغي أن يقيد هذا بمن له انتزاع ماله ليخرج المكاتب ونحوه؛ ولهذا قالوا: إن كان على العبد دين لم تجز مراباته اتفاقاً.

بعض المتأخرين: إلا أن يلتزم السيد الدين فالخلاف، وليس هذا خاصاً بالربا، بل يجري في فسخ الدين، وضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك، وما أشبهه.

والمُرَاطَلَةُ: لَقَبٌ فِي بَيْعِ الْعَيْنِ بِمِثْلِهِ وَزَنًا

اعلم أن العين إن بيع بعين مخالف سمي صرفاً، وإن بيع بمماثل سمي ماثلة، فإن كان وزناً سمي مراطلة، وإن كان عدداً سمي مبادلة.

والمِراطلة: مفاعلة، ومعناها: موازنة ذهب بذهب حتى كأن أحدهما رطل وزن به الآخر.

والظرفية بـ (في) مجاز؛ أي: مستقرة في بيع العين بمثله وزناً، ويحتمل أن يكون (في) بمعنى (على).

واعترضه ابن عبد السلام بأن هذا الحد غير مانع لدخول ما ليس بمِراطلة في اصطلاح الفقهاء فيه؛ وهو بيع الفضة بالذهب مثلاً، قال: ولا يصح أن يريد بالمثلثة النوع؛ لأن (وزناً) تميز لتلك المثلثة.

وقد يجاب عنه: بأن (وزناً) حال، و(بمثله) صفة لمحذوف يدل عليه ما تقدم؛ أي بعين مثله حال كونه موازنة.

والمِراطلة جائزة في غير المسكوك بلا إشكال، وكذلك المسكوك على الصحيح، وهو قول أبي عمران، وأبي بكر بن عبد الرحمن وغيرهما، وعليه حمل عياض «المدونة».

ومنع ذلك القابسي إلا بعد معرفة وزنه؛ لئلا يؤدي إلى بيع المسكوك جزأفاً، وإليه يرجع كلام الباجي.

ابن يونس^(١): والأول هو الصواب، إذ لا غرر فيه؛ لأنه إنما يأخذ مثل ذهبه أو ذراهمه.

عياض: وعلى قول القاسبي إذا كانت عددًا فلا بد من معرفة عدد الدراهم من الجهتين أو الدنانير بخلاف الوزن، لأن معرفة وزن أحدهما معرفة لوزن الآخر، بخلاف معرفة العددي إلا في مثل القائمة وشبهها، المعروف اتفاق وزنها وعددها، فمعرفة ما في الكِفَّة الواحدة منها معرفة لما في الأخرى من وزن أو عدد .

فَإِنْ كَانَ سَوَاءً ، أَوْ أَحَدُهُمَا أَجُودٌ جَازَ اتِّفَاقًا ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا بَعْضُهُ أَجُودٌ وَبَعْضُهُ أَدْنَى ، اِمْتَنَعَ وَفَاقًا

أي: فإن كان الذهبان أو الفضتان متساويين في الجودة أو كان أحدهما أجود جاز اتفاقًا؛ لانحصار الفضل في جهة .

وقاعدة هذا ونحوه: أنه مهما تمحض الفضل من جانب جاز؛ لانتفاء قصد المكايسة، وإن دار الفضل من الجانبين امتنع اتفاقًا لقصد المكايسة كما قال .

وإن كان أحدهما بعضه أجود وبعضه أدنى امتنع اتفاقًا، مثاله: لو كان لأحدهما درهم إسكندري ودرهم مغربي وللآخر درهمان مصريان؛ لأن صاحب المصريين إنما ترك جودة مصرية الواحد بالنسبة إلى الإسكندري لجودة درهم الآخر المغربي على جودة المصري فيحصل التفاضل متقابلًا.

ابن المواز: وقد خفف مالك في القطعة من الذهب تجعل مع الجيد من المالين ليعتدل الميزان فيها ثمن أو سدس أو ثلث إذا لم يفتن بها فضل عيون التي معها .

وظاهره: أنه قيد المنع بما إذا كان الرديء الذي مع الجيد كثيرًا، لكن قال محمد بإثر هذا الكلام: ما لم تكن القطعة رديئة .

مالك: وإن كان فيها قدر الدينار لم يجز، إلا أن يكون مثل المفردة فأجود.

فرع:

ابن يونس وغيره: ولا يجوز إذا رجح ذهب أحدهما أن يترك ذلك ولا أن يأخذ عنه شيئًا .

وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا بَعْضُهُ أَجُودٌ وَبَعْضُهُ مُسَاوٍ ، جَازَ خِلَافًا لِسَحْنُونٍ

مثاله: درهمان مغربيان في مقابلة درهم مغربي ودرهم مصري، فالمذهب: الجواز

لتمحض الفضل.

ورأى سحنون: أن الدنيء قد يقصد لشيء فيه، فيبقى قصد المكايسة، وثبت هنا في بعض النسخ ما نصه :

قَاسَهَا عَلَى مُدِّي شَعِيرٍ بِمُدِّ قَمَحٍ وَمُدِّ شَعِيرٍ، لِلذَّرِيعَةِ

أي: أن سحنوناً قاس المنع في هذه الصورة على ما منعه مالك وابن القاسم في صورة الطعام، وإن كان ابن حبيب أجاز مدي قمح بمد شعير وممد شعير .

والجامع بينهما عند سحنون ما ذكره من الذريعة إلى التوسل للتفاضل؛ لأنهما لم يتبايعا على هذا الوجه إلا لغرض لهما في المكايسة، إذ لو كان الغرض المكارمة بالأجود لباعه بالأدنى ولم يخلط المساوي، فخلطهما دليل على قصد المبايعه .

وفرق اللخمي: بأن الذهب يساوي ما كان منه من سكة واحدة قطعاً، بخلاف الطعام فإن الأغراض تختلف فيه .

ابن عبد السلام: وبقي عليه إذا كان بعضه أردأ وبعضه مساوٍ، فأجازها أيضاً ابن القاسم ومنعها سحنون .

خليل: وفيه نظر؛ لأنه إذا كان بعضه أجود وبعضه مساوٍ لزم ببديهية العقل أنه من الجانب الآخر؛ أحدهما أدنى والآخر مساوٍ - وهو واضح - فليس هما صورتين بل صورة واحدة، والله أعلم .

و(بعضه) يحتمل أن يكون مرفوعاً على الابتداء، و(أجود) خبره، ويحتمل أن يكون بدلاً من أحدهما فينصب أجود خبراً لكان .

وَالْوَزْنُ بِصَنْجَةٍ جَائِزٌ، وَقِيلَ: فِي كِفَّتَيْنِ

الصنجة: - بفتح الصاد - لفظ عربي، قاله الجوهري^(١).

ابن السكيت^(٢): ولا يقال سنجة، الجوهري: وكل ما استدار سمي كفة - ككفة الميزان وكفة الصائد وهي حبالته، ويقال أيضاً: كفة بالفتح .

(١) «الصحاح» (١ / ٣٩٧).

(٢) «النوادر والزيادات» (٦ / ٦).

وظاهر كلام المصنف: أن الخلاف في الجواز، وليس كذلك بل لا خلاف في جوازها، وإنما الخلاف في الأرجح، فقليل: الأول أرجح، وهو أن يزن أحدهما ثم يزن الآخر بالصنجة التي وزن بها الأول ليتحقق التماثل، سواء كان في الميزان عيب أو لا، وإليه ذهب صاحب «البيان»^(١).

وقيل: الثاني أرجح، وهو أن يضع هذا ذهبه من ناحية والآخر ذهبه من الناحية الأخرى لسرعة التناجز.

وَفِي عِتْبَارِ زِيَادَةِ السَّكَّةِ وَالصِّيَاغَةِ كَالْجَوْدَةِ طَرِيقَانِ: الْأَوَّلَى: ثَالِثُهَا: الصِّيَاغَةُ خَاصَّةٌ...
قد تقدم أن الجودة يدور بها الفضل من الجانبين ولا خلاف في ذلك. واختلف هل تعتبر السكة والصياغة كالجودة على طريقين:

الأولى: فيها ثلاثة أقوال:

الأول: يعتبران؛ لأن الغرض يتعلق بهما كالجودة، كالعرضين مع التعيين، وهو الظاهر.
الثاني: لا يعتبران؛ لأن الشرع إنما طلب المساواة في القدر خاصة، وهو منقوص بالجودة، وهو قول القابسي، واختاره ابن يونس.

ابن عبد السلام: وفهم الأكثرون «المدونة» عليه، ومنهم من تأولها على الأول.
الثالث: اعتبار الصياغة دون السكة؛ لأن الصياغة مقصودة لنفسها دون السكة فإن المقصود فيها إنما هو العلامة.

الثَّانِيَّةُ: تَقْيِيدُ الْأَقْوَالِ بِاتِّحَادِ الْعَوَظَيْنِ وَعِتْبَارِهِمَا إِذَا اخْتَلَفَ الْعَوَظُ
يعني: أن أصحاب الطريقة الثانية يرون أن الخلاف المذكور إنما هو إذا اتحد العوضان، وأما إن اختلفا حتى يقوى اختلاف الأغراض فيهما فيتفق على اعتبارهما إلحاقاً بالجودة.
وهكذا نقله ابن شاس^(٢) وعليه مشاه ابن راشد وغيره، وعكس ابن عبد السلام هذا التقييد ولعله سهو.

المُبَادَلَةُ: لَقَبٌ فِي الْمَسْكُوكِينَ عَدَدًا

أي: لقب في بيع المسكوكين عدداً بشرط اتحاد النوع.

(٢) «الجواهر» (٢ / ٣٨٩).

(١) «البيان والتحصيل» (٩ / ٤٦٩).

وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي الْعَدَدِيِّ دُونَ الْوَزْنِيِّ

يعني: فلا تجوز إلا في الدنانير والدراهم إذا كان التعامل بها عدداً، وهو مراده بالعددي. أما لو كان التعامل بها وزناً لم يجز إلا بالوزن فتعود مراطة، وكان الأصل منعها؛ إلا أنهم رأوا أنه لو كان التعامل بالعدد أن النقص يجري مجرى الرداءة والكمال يجري مجرى الجودة؛ ولأنه لما كان النقص حينئذ لا يتنفع به صار إبداله معروفاً، والمعروف يوسع فيه ما لم يوسع في غيره، وبخلاف التبر وشبهه.

ولا يقال: هذا تكرار مع الأول؛ لأن الأول أفاد أن المبادلة بيع مسكوك بمسكوك عدداً، وهو أعم من أن يكون التعامل في ذلك المسكوك وزناً وعدداً، والثاني أفاد اشتراط أن يكون التعامل بينهم فيه بالعدد لا بالوزن.

للخمي: ويشترط في الجواز: أن تكون السكة واحدة.

وَيَجُوزُ إِبْدَالُ الْقَلِيلِ بِأَوْزَنَ مِنْهُ يَسِيرًا لِلْمَعْرُوفِ وَالتَّعَامُلِ بِالْعَدَدِ

أي: إذا كان التعامل بينهم بالعدد جاز بدل الناقص بالوازن، بشرط أن يكون ذلك في القليل وأن يكون دافع الأكثر قصد المعروف في حال كون التعامل بالعدد.

ورأوا أن قصد المعروف يخصص العمومات كما في القرض، ألا ترى أن بيع الذهب بالذهب نسيئة ممتنع، فإذا كان على وجه القرض جاز.

واحترز بالقليل من الكثير فلا يعتبر ذلك، وبالوزن من الزيادة في العدد فلا يجوز، وباليسير مما لو كان أوزن منه كثيراً؛ لأن اليسير هو الذي يسمح به في العادة غالباً، فلذلك قصرنا الجواز على الرجحان اليسير في العدد اليسير.

وَالثَّلَاثَةُ قَلِيلٌ، وَالسَّبْعَةُ كَثِيرٌ، وَفِيمَا بَيْنَهُمَا قَوْلَانِ

أي: فلا يجوز بدل سبعة بأوزن منها؛ لزيادتها على ضعف أقل الجمع، ويجوز ذلك في الثلاثة اتفاقاً لأنها أقل الجمع.

ومذهب «المدونة» فيما بينهما على ما في الأمهات الجواز، فإنه أجاز له أن يبدله ستة تنقص سدساً بستة وازنة على المعروف، والقول الآخر في «الموازية». وأصلح سحنون «المدونة» عليه، وجعل موضع الستة الثلاث.

ومن شرط المبادلة: أن تكون بلفظ المبادلة، وأن تكون بغير مراطة، وأن تكون واحداً

بواحد احترازاً من واحد باثنين .

وَالْيَسِيرُ: سُدُسٌ فِي الدِّيْنَارِ، وَقِيلَ: دَانِقَانِ

الدانقان: الثلث .

وفي [الجوهري] ^(١) ^(٢): الدانق: السدس .

وَالْأَنْقَصُ أَجُودٌ مُمْتَنِعٌ بِاتِّفَاقٍ

أي: لا يجوز أن يبدل الناقص الأجود بالأكمل الأرداً اتفاقاً؛ لدوران الفضل من الجهتين .

وَالْأَفْجَائِزُ بِاتِّفَاقٍ

أي: وإن لم يكن الأنقص أجود بل كان مساوياً جاز؛ لتمحُّض الفضل من جهة واحدة .

وأورد ابن عبد السلام إذا كان الأوزن أجود فإن كلامه يدل على أنه متفق عليه ، ونص الباجي ^(٣) على أنه مختلف فيه .

وأجيب: بأنه لما لم يكن بين الأزيد والأجود سكة وبين الأزيد والأجود جوهر فرق اكتفى بذلك الخلاف .

وَالْأَزِيدُ أَجُودٌ سَكَّةٌ جَائِزٌ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ، مُمْتَنِعٌ عِنْدَ مَالِكٍ، وَهُوَ مُشْكِلٌ، وَعُلِّلَ بِأَنَّ السَّكَّكَ يَخْتَلِفُ نِفَاقُهَا فَيُمْتَنَعُ كَمَا مَنَعَ الْقَمْحُ عَنِ الشَّعِيرِ قَبْلَ الْأَجَلِ فِي الْقَرْضِ....

يعني: أن ابن القاسم أجاز بدل الأوزن الأجود سكة كضرب ملك الوقت لتمحُّض الفضل من جهة، ومنعه مالك وربيعه، واستشكل لانحصار الفضل من جهة .

وعلل أبو الطيب ابن خلدون قول الإمام بأن السكك تختلف فيها أغراض الناس بحسب البلدان والأزمان، فربما كان الأدنى في بلد أو في زمان أنفق فلا يتمحُّض الفضل .

وقاس المصنف ذلك على منع اقتضاء القمح عن الشعير قبل الأجل في القرض وإن

(١) في ط: الجواهر .

(٢) الصحاح (١ / ٢١٥) .

(٣) «المتقى» (٦ / ٢٦١) .

كان القمح أفضل ؛ لأن الشعير قد يرغب فيه في وقت أو بلد .

وعلمها القابسي : بأن الأصل منع التفاضل بين الذهين ، فخص الإجماع ببذل الناقص بالوازن من سكة واحدة ، وبقاء ما سواه على الأصل .

وَالْقَضَاءُ بِالْمُسَاوِي ، وَالْأَفْضَلُ صِفَةً جَائِزٌ

القضاء : أداء الدين ، ثم لا يخلو أن يكون عن قرض أو عن ثمن مبيع .

والكلام الآن على الأول ، وأما الثاني فسيأتي ، ولا شك في جواز التساوي .

وأما الأفضل صفة ، فالأصل في جوازه ما في الصحيح : أنه عليه الصلاة والسلام استسلف بكرة فقدمت عليه إبل من الصدقة ، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرة ، فرجع إليه وقال : لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً ، فقال : « أعطه إياه إن خير الناس أحسنهم قضاء » (١) .

ولهذا أجاز أصحابنا إذا كان التعامل بالعدد لمن استسلف عشرة دراهم ناقصة أو أنصافاً يقضيه عشرة دراهم كاملة بغير خلاف .

فإن قيل : لا دلالة فيه لأنه عليه الصلاة والسلام اقترضه للمساكين ، وإلا فلو اقترضه لنفسه لما أعطاه من الصدقة لكونها لا تحل له ، وعلم ﷺ أن المقرض مسكين فأعطاه الزيادة لفقره .

قيل : التعليل ينفيه ، لكن قد يقال : ظاهر التعليل يقتضي جواز الزيادة في الوزن والعدد .

فإن قلت : زيادته ﷺ رخصة والأصل عدمها ، ولا يصح القياس على الرخص على الصحيح .

قيل : لم نتمسك بالقياس وإنما تمسكنا بعموم النص ، والله أعلم .

وَبِالْأَفْضَلِ مِقْدَرًا ، لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْبَسِيرِ جِدًا ، وَقَالَ أَشْهَبُ : مُطْلَقًا

أي : فإن قضاه أجود قدرًا فلا يجوز إلا أن تكون الزيادة يسيرة جدًا ، كما قال ابن الموار ، مثل رجحان الموازين .

(١) أخرجه مسلم (١٦٠٠) من حديث أبي رافع رضي الله عنه .

وقال أشهب: تجوز الزيادة اليسيرة؛ أي: مطلقاً، سواء كانت الزيادة اليسيرة مقيدة بحد أو لا.

وكذا نقل اللخمي، والمازري، وابن يونس^(١)، وابن شاس^(٢) وغيرهم عن أشهب، وإنما نقلوا في الزيادة مطلقاً كثيرة كانت أو قليلة الجواز عن عيسى بن دينار وابن حبيب .
وفسر أشهب في «الموازية» الزيادة اليسيرة بزيادة إردب أو إردبين في المائة، أو درهم أو درهمين فيها، وهذا تقييد زيادة في القول الأول كما ذكرناه.

وقوله: (وبالأفضل مقداراً) يريد: في الوزن، وأما الأفضل عدداً فلا، وإن كان ظاهر لفظه يتناوله، لأن المشهور لا تجوز الزيادة في العدد.

قال في «الرسالة»^(٣): ومن رد في القرض أكثر عدداً في مجلس القضاء، فقد اختلف في ذلك إذا لم يكن فيه شرط ولا وأي ولا عادة إلى أن قال: فأجازه أشهب وكرهه ابن القاسم ولم يحزه.

وظاهره: أنه يجوز عند أشهب مطلقاً، وقد يتمسك بهذا في أن أشهب يجيز زيادة القدر مطلقاً، لأنه إذا جاز في العدد فأحرى في الوزن.

لكن نقل ابن زرقون قول أشهب وبين فيه أن أشهب إنما يجيز الزيادة اليسيرة في العدد.

وبالأقل صفةً ومقداراً جائزٌ بعدَ الأجلِ مُمتنعٌ قبله

جاز بعد الأجل لأنه حسن اقتضاء، ومنع قبله لأنه ضع وتعجل.

فإن كان الفضلُ في الطرفَيْنِ مُنعَ وفاً كالمرأطة

مثاله: لو اقتضى تسعة محمدية عن عشرة يزيدية، فإنه يمنع سواء كان بعد الأجل أو قبله؛ لأنه ترك فضل العدد لفضل المحمدية وهو ظاهر.

وَمَنْ المبيعِ مِنَ النُّقُودِ كَالْقَرْضِ

يعني: أن من باع سلعة بدنانير أو بدراهم أو بعين غير مسكوكة، فإنه يعتبر في قضاء

(١) «الجامع» (٨ / ٢٥٢).

(٢) «الجواهر» (٢ / ٣٩٢).

(٣) «الرسالة» (ص / ٢١٣).

ثمن تلك السلعة مما يجوز ويمتنع ما اعتبر في قضاء القرض إلا ما خصصه من جوازه بأكثر.

واعترضه ابن عبد السلام: بأن إطلاقه القضاء في القرض وتخصيصه ثمن المبيع بالنقود لا يصح؛ لإيهامه عموم حكم القرض بالنسبة إلى العين والطعام وخصوص الثمن بالنقود، وليس كذلك، بل هما متساويان.

ورد بأن تخصيص المصنف صواب؛ لأن قضاء الأفضل قبل الأجل في البيع ممتنع، سواء كان عرضاً أو طعاماً؛ لما فيه من حط الضمان وأزيدك قولاً واحداً، بخلاف القرض فإنه جائز إلا أن يكون الفضل في النوعية، كأخذ سمراء عن محمولة قبل الأجل فيه خلاف في «المدونة» وغيرها.

فقد تبين الاختلاف في الطعام إذا كان ثمنًا وإذا كان قرضاً، فلهذا خصصه المصنف بالنقود كابن بشير وابن شاس^(١).

وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي جَوَازِهِ بِأَكْثَرِ مَقْدَارًا

لأنه حسن قضاء، وفي القرض سلف جر منفعة فافترقا.

وَالسَّكَّةُ وَالصَّبَاغَةُ فِي الْقَضَاءِ كَالْجُودَةِ اتِّفَاقًا

يعني: أن حكمهما إذا كانا في مقابلة التبر والقراضة حكم الجودة بالاتفاق، فحيث يمتنع فيها يمتنع هنا.

مثاله: لو كان عنده عشرة مسكوكة أو مصوغة فاقضى عنها عشرة تبراً أطيب.

ابن راشد: وإنما اتفقوا على اعتبارهما في القضاء واختلف فيهما في المرافلة؛ لأن المرافلة لم يجب لأحدهما قبل الآخر شيء فيتهم في ترك الفضل لأجل ما أخذ، وهاهنا قد وجب له أخذ ذهب مسكوك أو مصوغ، فإذا أخذ عنه تبراً أجود فيتهم أن يكون ترك فضل السكة أو الصباغة لفضل الجودة.

والاتفاق الذي حكاه المصنف إنما هو فيما بين المسكوك أو المصوغ والتبر لا فيما بين المصوغ والمسكوك؛ لأنه اختلف في جواز اقتضاء المسكوك من المصوغ على قولين حكاهما ابن عبد السلام وغيره.

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٩٣).

وَخَرَجَ اللَّخْمِيُّ مِمَّا إِذَا بَاعَ أَوْ أَسْلَفَ قَائِمَةً وَزَنَّا جَازَ أَنْ يَقْضِيَ مَجْمُوعَةً وَزَنَهَا
إِلْغَاءَهُمَا، وَرَدَّهُ ابْنُ بَشِيرٍ بِأَنَّ التَّعَامُلَ بِالْوَزْنِ يُلْغَى مَعَهُ الْعَدَدُ....

يعني: وخرج اللخمي إلغاء السكة والصياغة من مسألة «المدونة»، وهي إذا باع قائمة بالوزن أو أسلف قائمة بالوزن جاز أن يأخذ مجموعة بوزنها؛ لأنه قد ألغى الجودة، إذ لو اعتبرها لمنع اقتضاء المجموعة من القائمة؛ لأن القائمة فضلت المجموعة بالجودة، والمجموعة فضلتها بالعدد.

و(إِلْغَاءُهُمَا) مفعول خرج، و (قَائِمَةً) يتنازعه: باع وأسلف وأعمل فيه أسلف، و(وَزَنَّا) حال.

واعترض ابن عبد السلام التخريج: بأن دوران الفضل إنما يكون حيث يكون في كل منهما ما ليس في الآخر وليس هنا كذلك، إذ القائمة والمجموعة مشتركتان في السكة، ولئن سلم هذا التحريم في السكة فلم قلت: إنه يلزم مثله في الصياغة، فإن الأمر فيها أشد عند بعضهم كما تقدم، ورد بوجهين:

الأول: بأن الجهتين هنا كما ذكرنا.

والثاني: بأنه إنما يرد لأجل أن المصنف لم يذكر الصورة التي خرج منها اللخمي إلغاء الصياغة، ولو ذكرها لم يأت. وهي: من أصدق زوجته مائة دينار ثم قضى وزنها من الحلبي، فمنع ذلك في «الموازاة»، قال فيها: ويفسخ إن وقع؛ لأن الدنانير لها فضل السكة وليس ذلك للحلي، وللحلي فضل الصياغة وليس ذلك للدنانير.

وأجاز ذلك في «مختصر ابن عبد الحكم»، بناء على إلغاء الصياغة والسكة، وعلى ذلك خرج اللخمي.

ورد ابن بشير تخريج اللخمي بأن العدد يعتبر إذا كان التعامل به، وأما إذا كان التعامل بالوزن فلا؛ لأن العدد حيثئذ مطرح، لأنها لما ترتبت في الذمة بالوزن فلم يدخل إلا عليه.

ابن عبد السلام: وهذا الرد ضعيف؛ لأنه غير محل النزاع، لأن كلام اللخمي إنما هو في السكة والصياغة لا في العدد.

ورد بأن اللخمي استقرأ إلغاء السكة بناء على اعتبار العدد؛ لأن الفضل إنما يدور من

جهتين إذا كان العدد معتبراً، فرده ابن بشير بأن العدد هنا غير معتبر فلم يدر الفضل من جهتين، لكن صورة «الموازية» و«المختصر» لا يتصور فيهما هذا الرد.

وَلَوْ قُطِّعَتِ الْفُلُوسُ، فَالْمَشْهُورُ الْمِثْلُ

أي: لو باعه بفلوس أو أسلفه فلوساً فقطع التعامل بها، فالمشهور أنه لا يلزمه إلا مثلها؛ لأنها من المثليات .

وذكر ابن بشير أن الأشياخ حكوا عن «كتاب ابن سحنون» أنه يقضي بقيمتها، وظاهره بقيمة الفلوس .

لكن حكى بعضهم عن «كتاب ابن سحنون» أنه يتبعه بقيمة السلعة، وعلى هذا فالشاذ في كلامه متنازع في معناه .

لكن ذكر المازري عن شيخه عبد الحميد أنه أوجب قيمة الفلوس؛ لأنه أعطى شيئاً منتفعاً به لأخذ منتفع به فلا يظلم بأن يعطي ما لا منفعة فيه .

وألزمه اللخمي عليه أن لمن أسلم في طعام ثم صار الطعام لا يساوي شيئاً له قدر أن يبطل السلم .

وأجاب المازري: بأن الأصل في السلم ألا يجوز؛ لأنه بيع ما ليس عندك، ولكن رخص فيه لأجل الرفق، والارتفاق الذي هو سبب الرخصة إنما هو اختلاف الأسواق، ولهذا لم يجز مالك السلم الحال، فلو أثر اختلاف الأسواق في فسخه وهو السبب في جوازه وصحته لكان كالمتناقض بخلاف الدراهم والدنانير .

فَلَوْ عُدِمَتْ فَالْقِيَمَةُ وَقَتَ اجْتِمَاعِ الاسْتَحْقَاقِ وَالْعَدَمِ

اعلم أن اجتماعهما لا يحصل إلا بالأخير منهما، وحاصله: إن كان الاستحقاق أولاً فليس له القيمة إلا في يوم العدم، وإن كان العدم أولاً فليس له القيمة إلا يوم الاستحقاق، وهذا كأقصى الأجلين في العدة .

وما ذكره المصنف من وجوب القيمة يوم اجتماع الاستحقاق والعدم هو اختيار اللخمي وغيره .

وقال بعض الشيوخ: تؤخذ منه القيمة يوم التحاكم؛ لأنها لم تزل في ذمته إليه .

وَفِيهَا: لَا تُقْضَى الْمَجْمُوعَةُ مِنَ الْقَائِمَةِ وَالْفُرَادَى، وَتُقْضَى الْقَائِمَةُ مِنْهُمَا، وَتُقْضَى الْفُرَادَى مِنَ الْقَائِمَةِ دُونَ الْمَجْمُوعَةِ...

نسبها «للمدونة» لإشكالها لما سيذكره من قوله: (ومقتضى)... إلخ.

وإنما لم تقض المجموعة من القائمة والفرادى؛ لأن القائمة والفرادى أطيب والمجموعة أكثر عددًا، فدار الفضل وأجاز اقتضاء القائمة منهما؛ لأن القائمة أوزن منهما فجاز اقتضاؤها منهما لانفرادها بزيادة ليست فيهما، وبأن اقتضاء الفرادى من القائمة لانفراد القائمة بفضيلة الوزن، ولم يجز اقتضاء الفرادى من المجموعة لدوران الفضل، إذ الفرادى أطيب والمجموعة أكثر عددًا.

اللخمي: وهذه الثلاثة في الاقتضاء على ثلاثة أوجه؛ فيجوز في القائمة والفرادى أن يقتضي بعضها من بعض من غير مراعاة في الفرادى.

ولا يجوز في الفرادى والمجموعة أن يقتضي بعضها من بعض على حال.

ويجوز أن تقتضي القائمة من المجموعة ولا تقتضي المجموعة من القائمة.

هذا قوله في «الكتاب»، والصواب: جواز اقتضاء المجموعة من القائمة كما يجوز أن تقتضي القائمة منها.

فَالْمَجْمُوعَةُ: الْمَجْمُوعُ مِنْ ذُحُوبٍ وَمِنْ وَازِنٍ وَنَاقِصٍ

أخذ يفسر معاني هذه الألفاظ.

وقوله: (مِنْ ذُحُوبٍ) أي: ذهوب مختلفة من جيد ورديء، وكذلك قال ابن شاس^(١).

ولم يذكر في «المدونة» ولا غيرها في تعريفهما إلا الاختلاف في الوزن.

والذهوب: جمع ذهب، ويجمع على أذهب، قاله الجوهري.

وَالْقَائِمَةُ: جَيِّدَةٌ تَزِيدُ إِذَا جُمِعَتْ

أي: هي نوع واحد جيد، كاملة في قدرها إذا جمعت منها المائة تزيد قدر الدينار، وهذا في «المدونة»^(٢).

(١) «الجواهر» (٢/ ٣٩٣).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٦).

وَالْفُرَادَى : جَيِّدَةٌ تَنْقُصُ يَسِيرًا إِذَا جُمِعَتْ

هي كالقائمة إلا أنها تنقص الدينار في المائة، وهي أجود من المجموعة وأردأ من القائمة، قاله المازري.

فَلِلْقَائِمَةِ فَضْلُ الْوَزْنِ وَالْجَوْدَةِ

أَي: عليهما.

وَلِلْمَجْمُوعَةِ فَضْلُ الْعَدَدِ

أَي: عليهما.

وَلِلْفُرَادَى فَضْلُ الْجَوْدَةِ وَالْعَدَدِ

أَي: لها فضل الجودة بالنسبة إلى المجموعة، أما العدد فليس كذلك؛ لأن عددها وعدد القائمة واحد، والمجموعة أفضل عدداً كما تقدم.

وَمُقْتَضَى مَنَعِ الْمَجْمُوعَةِ مِنَ الْقَائِمَةِ مَنَعُ الْقَائِمَةِ مِنْهَا، وَفُرَّقَ بَأَنَّ الْمَجْمُوعَةَ لَمَّا ثَبَّتَ فِي الذِّمَّةِ وَالْإِعْتِبَارُ فِيهَا بِالْوِزْنِ أُلْغِيَ الْعَدَدُ فَصَارَ الْفَضْلُ فِي جِهَةٍ...

أَي: ومقتضى منع اقتضاء المجموعة من القائمة منع اقتضاء القائمة منها؛ لأن للمجموعة فضل العدد وللقائمة فضل الوزن والجودة فدار الفضل.

وقد قيل: يمتنع اقتضاء كل منهما عن الأخرى لهذا.

وقد ذكرنا أن اللخمي أجاز اقتضاء كل من الأخرى.

وفرق ابن أبي زيد: بأن المجموعة إذا تقدم ترتبها في الذمة فإنما دخل صاحبها على الوزن فقط؛ لأنه لم يترتب له عدد معلوم، ولو أعطاه أقل ما يمكن من العدد ما كان له أن يمتنع ولا يدري ما يعطيه، بخلاف ما إذا تقدمت القائمة في الذمة فإنه قد ترتب له عدد، فإذا قضاه مجموعة فإن النفس إذ ذاك تتشوف إلى زيادة العدد فافترقا.

الْمَطْعُومَاتُ: مَا يُعَدُّ طَعَامًا لَا دَوَاءً

لما انقضى كلامه على النوع الأول من الربوي أتبعه بالكلام على النوع الثاني.

وليس المراد بالمطعوم ما له طعم، بل الأخص وهو ما كان مقتاتاً مدخراً في زمنه في سائر الأقطار.

ولا خلاف بين العلماء أن الحكم ليس مقصوراً على الأربعة المذكورة في الحديث الصحيح؛ أعني: قوله عليه الصلاة والسلام: «البر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، يدأ بيد، مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، فإن اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدأ بيد».

واختلف في العلة؛ فقيل: المالية فكل مالين من جنس واحد يحرم فيه التفاضل، فلا يباع ثوب بثوبين، ونسبه بعضهم لابن الماجشون.

المازري: وأنكر بعضهم هذا النقل وأضاف الغلط لناقله.

ومذهب الشافعي: أنها الطعم في الجنس الواحد.

ومذهب أبي حنيفة: أنها الكيل مع الجنس.

ومذهب ربيعة: أنها مالية الزكاة.

وليس الغرض هنا الحجاج مع الخصوم ولا التطويل بالتوجيه والفروع، بل ذكر ما لا بد منه مما يتعلق بكلام المصنف.

العلة: الاقتيات، وفي معناه: إصلاحه، وقيل: الأدخار، وقيل: غلبته، وقيل: الاقتيات والأدخار، وعليه الأكثر، وقيل: أو التفكه والأدخار، وأنكره اللخمي، وقال القاضي: الاقتيات والأدخار للعيش غالباً، وأنكره اللخمي.

انظر كيف قدم القول بالاقتيات وهو خلاف ما عليه الأكثرون، ولعله - والله أعلم - لما سيقوله أن ابن الإبل يقوي الاقتيات؛ يعني: أنه اختلف في العلة في مذهبننا، فقال القاضي إسماعيل، وابن بكير: العلة الاقتيات، خلاف ما عليه الأكثرون.

وفي معنى الاقتيات إصلاحه ليدخل الملح والتوابل.

والقول بالادخار لابن نافع، وبغلبته لمالك، هكذا قال الباجي^(١) وغيره.

ويظهر الفرق بين الادخار وغلبته في العنب الذي لا يرب، والرطب الذي لا يتمر، فعلى الادخار يخرج وعلى غلبته يدخل.

فما نسبته المصنف للأكثر عليه تأول ابن رشد^(٢) مذهب الكتاب.

(١) «المتقى» (٦/ ١٨٨).

(٢) «المقدمات» (٢/ ١٣).

وقوله: (وَقِيلَ: أَوِ التَّفَكُّهُ) يعني: أن هذا القائل يرى أن العلة الادخار مع الاقتيات أو مع التفكه.

وذكره الأبهري عن بعض الأصحاب، فقال: من أصحابنا من يعلل الأربعة التي في الحديث بثلاث علل: فالبر مقتات مدخر، فكل مقتات مدخر فهو مردود إليه، والتمر متفكه مصلح للقوت، فكل ما وجد فيه ذلك فهو مثله، والملح مؤتدم، فكل ما وجد فيه ذلك فهو مثله.

للخمي: والقول بأن التمر متفكه غلط؛ لأنه كان بالمدينة أصلاً للعيش، وكذلك مدائن اليمن هو العمدة في أقاتهم، ويلزم القائل بأنه متفكه أن يسقط الزكاة منه أو يوجب الزكاة في الفواكه، والقاضيان ابن القصار، وعبد الوهاب.

وتأول أبو جعفر القرطبي مذهب «المدونة» على مذهبهما. وأنكر اللخمي التعليل بكونه أصلاً للمعاش غالباً، قال: وإنما يحسن أن يكون هذا تعليلاً لوجوب الزكاة، ولهذا لم تجب الزكاة في الجوز واللوز وما أشبه ذلك.

وفي «الموطأ»^(١): أن الجوز ونحوه ربوي، وهو قول ابن حبيب.

وفي «المدونة»^(٢) ما يدل عليه؛ لأن فيها: وكل طعام أو إدام يدخر فلا يجوز التفاضل فيه إلا ما لا يدخر من رطب الفواكه، كالتفاح، والرمان، والخرخ، واللوز، والموز.

وَلَبِنُ الْإِبِلِ يُقَوَّى الْأَقْتِيَاتَ، وَأُجِيبَ بَأَنَّ دَوَامَ وَجُودِهِ كَادَّخَارِهِ، وَبِالْخِلَافِ فِي الْمَوْزِ.... يعني: أن اتفاق أهل المذهب على أن لبن الإبل ربوي دليل على أنه يكفي وصف الاقتيات فقط.

وأجيب: بأنه وإن تخلف منه وصف الادخار لكن خلفه ما يقوم مقامه، وهو دوام الوجود، وأجيب أيضاً: بأن الخلاف في الموز هل هو ربوي أو لا، وليس بمدخر إلا أن دوام وجوده يقوم مقام ادخاره.

ومذهب «المدونة» و«الموطأ»: جواز التفاضل في الموز.

قال في «البيان»^(٣): وهو الصحيح خلافاً لابن نافع.

(١) «الموطأ» (٢ / ٦٣١).

(٢) «المدونة» (٣ / ١٥٧).

(٣) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٢٩).

فَمَا اتَّفَقَ فِيهِ وُجُودُهَا فَرَبَوِيٌّ كَالْحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرِ، وَالسُّلْتِ، وَالْعَلْسِ، وَالْأُرْزِ،
وَالدُّخَنِ، وَالذَّرَّةِ، وَالْقَطَانِيَّ، وَالتَّمَرِ، وَالزَّيْبِ، وَاللَّحْمِ، وَالْمَلْحِ، وَالزَّيْتُونِ، وَالْخَرْدَلِ،
وَالْقَرِطَمِ، وَبَذَرِ الْفُجْلِ لَمَّا يُعْتَصَرُ مِنْهَا، وَالبَصْلِ، وَالثُّومِ، وَتَرَدُّدُهُ فِي التَّيْنِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُقْتَاتٍ
بِالْحِجَازِ، وَإِلَّا فَهُوَ أَظْهَرُ مِنَ الزَّيْبِ....

ابن عبد السلام: الضمير المضاف إليه (وُجُودُ) عائد على الاقنيات والادخار، وكأنه
وقع في نسخته: (وجودهما) على التثنية، وفيه نظر، فإن الموجود فيما أيدينا من النسخ:
(وجودها) ولأن غرض المصنف أن يجعل الأقسام ثلاثة: قسم اتفق على أنه ربوي،
ومقابله، والثالث مختلف فيه.

ولا يحصل الاتفاق بمجرد حصول الاقنيات والادخار؛ لأن من يشترط في الادخار أن
يكون للعيش غالباً لا يكتفي بمطلقه.

والذي يؤخذ من كلام ابن شاس أنه عائد على الثلاثة: الاقنيات والادخار والاتخاذ
للعيش غالباً، فإنه قال: وينقسم الطعام ثلاثة أقسام: قسم اتفق أهل المذهب على أنه
ربوي، فهو ما اجتمع فيه الأوصاف الثلاثة فكان مقتاتاً مدخراً متخذاً للعيش غالباً.

خليل: ويمكن عوده على الستة، وعلى ذلك مشاه ابن راشد.

فإن قيل: المصنف مثل بأشياء لم يتفق وجودها في بعضها كالملح والزيتون وما بعده.

قيل: ينبغي أن يكون في الكلام حذف معطوف؛ أي: فما اتفق فيه وجودها أو كان
مصلحاً للقوت.

ابن راشد: ويرد على المصنف، وابن شاس قول ابن القاسم في «المستخرجة»: إن كل
زريعة تؤكل ويخرج من حبها طعام فلا تباع حتى تستوفى ولا يباع منها اثنان بواحد، وكل
زريعة لا تؤكل ويستخرج من حبها ما يؤكل فتباع قبل أن تستوفى ويباع منها اثنان بواحد
ويباع بعضها ببعض إلى أجل.

فعلى هذا يباع حب الفجل الأحمر بعضه ببعض إلى أجل وهو خلاف ما في

«الجواهر». انتهى.

والربوي - بكسر الراء - منسوب إلى الربا. والسُّلْت: قال في «المشارك»^(١): حب بين

البر والشعير لا قشر له .

الجوهري^(١): والعلس: ضرب من الخنطة تكون حبتان في قشر، وهو طعام أهل صنعاء.

والقطني: مفردة قطنية.

عياض: بضم القاف وكسرها وتسهيل الياء.

والفجل: بضم الفاء، الجوهري^(٢): هو معروف واحده فجلة، وكذلك قال في الثوم: معروف، وذكر الجوهري في الأرز ست لغات: أرز، وأرز تستبع الضمة الضمة. وأرز، وأرز، مثل: رسل ورسل، ورز ورز.

والخردل: بالبدال المهملة.

ابن قتيبة: ويقال: قرطم وقرطم بالضم والكسر، وهو حب العصفر، والأظهر في التين أنه ربوي لما قاله المصنف أنه فيه أظهر من الزبيب، وقد ذكر صاحب «التلقين»^(٣) فيه خلافاً.

وما لم يوجد فيه أحدها فغير ربوي، كالحسن، والهندباء، والقضب، والفواكه، التي لا تُقْتَاتُ ولا تُدَخَّرُ، وكذلك ما ليس بمطعم كالصبر، والزعفران والشاهترج....
الحسن - بالفتح - معلوم .

والهندباء: يمد ويقصر يقال: هندبة وهندبات بفتح الدال وهو البقل، والقضب: هو الفصفصا وهي من العلف.

وقوله: (والفواكه) أي: كالبطيخ والقثاء والأترج.

الجوهري: والصبر: بكسر الباء هو الدواء المر، ولا يسكن إلا في ضرورة الشعر.

ونقل ابن سحنون إجماع العلماء على أن الزعفران ليس بطعام، ويجوز بيعه قبل قبضه.

(١) «الصحاح» (١/ ٤٩٠).

(٢) «الصحاح» (٢/ ٣٤).

(٣) «التلقين» (٢/ ٣٦٦).

وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ قَدْ يَكُونُ كَذَلِكَ كَاللَّوْزِ، وَالْفُسْتُقِ، وَالْجَوْزِ، وَالْبُنْدُقِ، وَالْجَرَادِ؛ لِأَنَّهُ يُدْخَرُ وَلَا يُقْتَاتُ، أَوْ لَا يُدْخَرُ لِلْاِقْتِيَاتِ....

الإشارة بذلك للخلاف في العلة، فإنه قد يوجد في الشيء أحد الأوصاف، فإن الجوز، واللوز، والبندق، والجراد يدخر ولا يقتات.

المازري: المعروف من المذهب أن الجراد ليس بربوي خلافاً لسحنون.

وذكر سند أن ظاهر المذهب أنه ربوي، واختاره اللخمي.

ونسب اللخمي القول بأنه ليس بربوي لأشهب.

وقوله: (لأنه يدخر ولا يقتات، أو لا يدخر للاقتيات)

ابن راشد: والضمير في (لأنه) يحتمل أن يعود على الجراد لأنه أقرب مذكور، ويحتمل أن يعود على الجميع.

وجوز فيه ابن عبد السلام وجهين:

أحدهما: أن يرجع قوله: (لأنه يدخر ولا يقتات) لما قبل الجراد، ويرجع قوله: (أو لا يدخر للاقتيات) للجراد خاصة؛ لأنه يقتات ولا يدخر، لذلك فتكون (أو) للتفصيل.

والثاني: أن تكون (أو) للإيهام ويكون القسمان راجعين إلى مجموع ما تقدم.

والفُسْتُقُ: بضم الفاء وفتح التاء، والبُنْدُقُ: بضم الباء والدال، وفيه لغة أخرى بالفاء عوض الباء.

وكَاللَّبَنِ؛ لِأَنَّهُ يُقْتَاتُ وَلَا يُدْخَرُ

أي: أن اللبن مما اختلف فيه؛ لأنه مما وجد فيه الاقتيات دون الادخار.

فإن قيل: قد ذكر أولاً ما يقتضي أنه غير مختلف فيه؛ لأنه لو كان الاختلاف حاصلًا فيه لما تمت له التقوية، وقد تقدم أنهم جعلوا دوام وجوده يقوم مقام ادخاره، فكيف يعده من المختلف فيه؟

فجوابه أن فيه خلافاً ولكنه ضعيف، وسيذكره المصنف، وهو قوله: (والمعروف أن اللبن مطلقاً ربوي) وذلك أن وجود الخلاف لا ينافي التقوية، وهذا الخلاف إنما هو في اللبن المخيض، كما سيأتي.

وأما الحليب بالحليب، والجبن بالجبن، والأقط بالأقط، والزبد بالزبد، والسمن بالسمن، فيمتنع التفاضل في ذلك بالاتفاق، صرح به اللخمي.

وَكَالْعِنْبِ الَّذِي لَا يُزَبَّبُ، وَالرُّطْبِ الَّذِي لَا يُتَمَرُ؛ لِأَنَّهُ يُدَخَّرُ غَالِبُهُ وَلَا يُدَخَّرُ

هذا ظاهر مما تقدم، ولما كان غالبه يدخر لا يلتفت إلى نادره.

وَكَالرَّمَّانِ، وَالخَوْخِ، وَالْكُمَثْرَى مِمَّا يُدَخَّرُ فِي قُطْرِ دُونَ قُطْرٍ؛ لِأَنَّهُ يُدَخَّرُ وَلَا يُدَخَّرُ غَالِبُهُ، أَوْ لَا يُقْتَاتُ....

القول بأنه ربوي لابن نافع، وأجاز مالك في «الموطأ» التفاضل في الخوخ والرمان، والمشهور - وهو مذهب «الكتاب» -: جواز التفاضل في الخوخ والرمان وشبهه، بناء على اعتبار الادخار الغالب، وأنه لا يلتفت إلى الادخار النادر.

والفرق بين هذين وبين العنب الذي لا يزبب: أن العنب غالبه يدخر وهذه على العكس، ولأن ذلك في المقتات وهذه في الفواكه.

والكمثرى: بفتح الميم المشددة، والثاء المثلثة.

الجوهري^(١): الواحدة كمثرات، وهي نوع من الإجاص.

وَقَدْ يَكُونُ لِتَحَقُّقِ الْعِلَّةِ كَالْبَيْضِ، قِيلَ: يُدَخَّرُ، وَقِيلَ: لَا، وَقِيلَ: يُقْتَاتُ، وَقِيلَ: لَا

هذا الذي يقول الفقهاء فيه: خلاف في شهادة، وخلاف في حال، والمشهور في البيض أنه ربوي.

وذكر ابن شعبان قولاً بجواز التفاضل فيه، واختاره الباجي^(٢)، وقال: إنه مقتات.

وقال ابن بشير: ليس بمقتات.

ونص المتيطي على أن القولين في علة البيض روايتان.

محمد: والبيض كله صنف، بيض ما يستحي وبيض ما لا يستحي، وما يطير وما لا يطير.

وَكَالسُّكَّرِ وَالْعَسَلِ

يعني: أنه مما يختلف فيهما لتحقيق العلة هل هما إدامان أو دواءان.

والأقرب في العسل أنه ملحق بالإدام؛ لغلبة هذا المعنى فيه في أكثر البلاد دون السكر.

وقد نص في «المدونة»^(١) على أن السكر ربوي.

وَكَاثَوَابِل: كَالْفَلْفَل، وَالْكُزْبَرَة، وَالْأَنْيُسُون، وَالشَّمَار، وَالْكَمُونِين، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ:
مَطْعَمٌ مُصْلِحٌ لِلْقُوتِ مُدَّخَرٌ، وَقَالَ أَصْبَغُ: دَوَاءٌ، بِخِلَافِ الْبَصَلِ وَالثُّومِ
عِيَاض: الفلفل بضم الفاءين.

الجوهري: والكزبرة - بضم الباء وقد تفتح - وأظنه معرباً.

وقال عياض: والكسبرة - بضم الكاف والباء - ويقال بالزاي أيضاً، وكلامه ظاهر
التصور.

ونسب المصنف لأصبع أن الفلفل وما عطف عليه دواء، قال بعض من تكلم على هذا
الموضع: وليس كذلك، إنما خالف في الأنيسون والشمار والكمونين، «ففي الموازية» قال
ابن القاسم: والشمار والأنيسون صنف، وذلك كله من الطعام.

وقال أصبغ ومحمد: هذه الأربعة ليست من الطعام وهي من الأدوية، وإنما التي من
الطعام: الفلفل، والكرويا، والكسبرة، والقرفة، والسنبل، قال: وإنما وهمه في ذلك ابن
شاس، فإنه ذكر التوابل ولم يعرفها، ونسب الخلاف فيها إلى ابن القاسم وأصبغ. انتهى.
وذكر المازري أنه اختلف في التوابل، قال: كالفلفل، والكمون، والكرويا هل هي من
الربويات أم لا؟

وقوله: (بَخِلَافِ الْبَصَلِ وَالثُّومِ) أي: أنهما لم يختلف في أنهما ربويان؛ لأنهما
مصلحان للطعام، وهما جنسان مختلفان، حكاه ابن المواز عن مالك.

وَكَاثَلْبَة وَفِيهَا: طَرِيقَانِ؛ الْأُولَى: ثَالِثُهَا الْخَضِرَاءُ مَطْعُومٌ، وَالْيَابِسَةُ دَوَاءٌ. وَالثَّانِيَةُ:
الثَّالِثُ....

أي: وما اختلف فيه لتحقيق العلة الحلبة، وفيها طريقان: الأولى: وفيها ثلاثة أقوال:
الأول لابن القاسم في «الموازية»: أنها طعام مطلقاً.

الثاني لابن حبيب: أنها دواء مطلقاً.

والثالث لأصبغ في «الموازية»: أن الخضراء طعام واليابسة دواء.

ورأى بعض المتأخرين هذا التفصيل تفسيراً، وأن المذهب على قول واحد.

وعلى هذا فالخلاف في الحلبة إنما هو هل هي طعام أو دواء؟ لا في أنها ربوية أو لا،

وكلام المصنف يوهم ذلك؛ لأنه إنما تكلم في الربوي، والله أعلم.

وَكَاالطَّلَعِ، وَالبَلَحِ الصَّغِيرِ، وَقِيلَ: وَالكَبِيرِ، وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي البُسْرِ أَنَّهُ رَبَوِيٌّ

اعلم أن الخلاف الذي في الطلع والبلح الصغير إنما هو هل هو طعام أو ليس بطعام؟

هكذا ذكر ابن شاس^(١) وغيره، ومذهب «المدونة» في البلح الصغير أنه علف، وإذا

كان كذلك فالطلع أخرى.

وفي «المدونة»: لا بأس بالطلع متفاضلاً أو بصغير البلح، وكذلك الجمار.

والطلع: طعام فلا يصلح بالطعام يداً بيد، نقله ابن يونس^(٢).

وكذا ذكر اللخمي الخلاف في البلح الصغير، فقال: اختلف فيه هل له حكم الطعام؟

فقال مالك: هو علف، وقال ابن القاسم: هو بمنزلة البقل.

قال: وأرى أن ينظر للعادة فيه، فإن كانوا يريدونه للعلف واستعماله للأكل قليل فله

حكم العروض، وإن كانوا يريدونه للأكل وغيره نادر وكان استعماله في كلاهما كثيراً فله

حكم الطعام.

وأما البلح الكبير فليس الخلاف فيه هل هو طعام أو لا؟ وإنما الخلاف فيه هل هو طعام

ربوي يحرم فيه التفاضل؟ ففي «المدونة»^(٣): لا يجوز إلا مثلاً بمثل وهو المشهور.

وقال الشيخ أبو إسحاق: وليس هو ربوي؛ لأنه لا يدخر فأشبهه الخضراوات.

اللخمي: وهو أحسن لأنه غير مدخر، فكذلك البلح الكبير بالبسر أو الثمر. قال

مالك: لا خير فيه.

وقال في «مختصر ما ليس في المختصر»: تركه أحب إليّ، وعسى أن يجوز، قال:

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٠٦).

(٣) «المدونة» (٤/ ٢٧١).

(٢) «الجامع» (٨/ ٣٨١).

وهذا أقيس؛ لأنه قد يدخر ما ليس بمدخر.

وإذا تقرر ما ذكرناه فكان ينبغي للمصنف ألا يخلط البلح الكبير مع الصغير والطلع؛ لأن الخلاف فيهما متباين كما ذكرنا، وخلطه لهما ملزم لأحد أمرين؛ لأن ظاهر كلامه أن في البلح الكبير طريقتين، وإن أراد أن الطريقتين في أنه طعام أو لا؟ فليس كذلك؛ لأنه طعام اتفاقاً وإنما الخلاف هل هو ربوي أو لا؟ وإن أراد أن الطريقتين فيه في أنه ربوي أو لا؟ وعليه حمله بعضهم فيبقى كلامه يفيد أن في البلح الصغير قولاً بأنه ربوي، وليس بوجود.

والمعروفُ أَنَّ اللَّبْنَ مُطْلَقًا رَبَوِيٌّ، وَخَرَجَ اللَّخْمِيُّ مِنَ «الْمُدُونَةِ» مِنْ قَوْلِهِ: وَيَجُوزُ سَمْنُ بَلْبَنٍ قَدْ أُخْرِجَ زُبْدُهُ، فَقَالَ: لَوْ كَانَ رَبَوِيًّا لَكَانَ مِنَ الرُّطْبِ بِالْيَاسِ، وَرَدَّهُ ابْنُ بَشِيرٍ بِأَنَّ السَّمْنَ نَقَلَتْهُ الصَّنَعَةُ وَالنَّارُ

مقابل المشهور للخمى، فإنه رأى جواز التفاضل بين المخيض والمضروب.

فإن قلت: لم لم يجعل مقابل المعروف تخريجاً؟

قيل: لأنه لو أراد ذلك لقال على المنصوص، كما هو الأغلب في كلامه.

فإن قلت: اللخمى إنما رأى ذلك اعتماداً على ما فهمه من «المدونة».

قيل: لا بل ذكر أولاً التخريج ثم ذكر بعد ذلك رأيه فيه، وسيظهر لك ذلك من لفظه.

ومراد المصنف بالإطلاق، سواء كان لبن الإبل أو غيرها مضروباً أو غيره.

ابن بشير: لم يختلف أهل المذهب في كون اللبن ربوياً على اختلاف أصنافه، وهو وإن كان لا يدخر على حالته فإنه يستخرج منه ما يدخر كالسمن والجبن.

وقال اللخمى: لم يختلف في بيع المخيض بالمخيض، [والمضروب^(١)] بالمضروب متفاضلاً؛ لأنهما لا يدخران، فمن منع التفاضل فيهما منع أن يباع شيء منهما بحليب أو زبد أو سمن، لأنه كالرطب بالياس، ومن أجاز التفاضل أجاز بيع أحدهما بأي ذلك أحب، كان من الحليب أو غيره.

قال: وقال مالك في «المدونة»^(٢): لا بأس بالسمن باللبن الذي قد أخرج زبده. وهذا

(٢) «المدونة» (٣/ ٨).

(١) في ط: المضروب.

لا يصح إلا على القول أن التفاضل بينهما جائز لا أنه كرطب باليابس .

وأرى أن يجوز التفاضل بين المخيض والمضروب؛ لأنه مما لا يدخر، ومن منع ذلك حملة على الأصل . انتهى .

ورد ما أشار إليه اللخمي من التخريج أنه إذا ثبت له أنه ربوي قبل إخراج زبده لكونه مقتاتاً وكون دوام وجوده كادخاره، فلا يزيل الربوية عنه إلا زوال ذلك الوصف، نعم لو ثبت له حكم الربوية؛ لأنه مشتمل على الزبد أمكن زوال الحكم بزوال الزبد .

قوله: (ورده ابن بشير) يعني: رد ابن بشير ما خرجه اللخمي من هذه المسألة أن السمن صار بالصنعة والنار كجنس آخر، وسيأتي ذلك .

وتبع المصنف في نسبة هذا لابن بشير ابن شاس، وليس هو في تنبيهه ولعله في غيره .

وَوَهْمًا فَإِنْ بَعْدَهُ فَأَمَّا بَلْبَنٍ فِيهِ زُبْدٌ فَلَا

أي: وهم اللخمي في تخريجه، وابن بشير في رده؛ لأن بعد اللفظ الذي خرج منه اللخمي: (فأما بلبن فيه زبد فلا) فأما وهم ابن بشير فظاهر؛ لأن السمن لو نقلته الصنعة لجاز باللبن الذي فيه الزبد .

وأما وهم اللخمي منه ففيه بعد، ولهذا وقع في بعض النسخ (وهم) بالإفراد . ووجهه على (بعده) أن ترتيب المنع على وجود الزبد فيه؛ لقوله: (فيه زبد) دليل على أن المنع لأجل الزبد لما يؤدي إليه من المزابنة، وحيثئذ يكون من باب الرطب باليابس، إذ لا يعلم مقدار الأجزاء التي فيه من الزبد لو تجمعت هل هي مساوية لأجزاء السمن المجموعة أم لا؟ وليس كذلك إذا لم يكن فيه زبد؛ لأنه ليس فيه ما يتقى منه المزابنة المقتضية للمنع مطلقاً، إلا أنه لا يجوز به متفاضلاً كما توهم اللخمي .

وَالْمَعْرُوفُ أَنَّ الْمَاءَ لَيْسَ بِرَبْوِيٍّ

يجوز فيه التفاضل والنسيئة .

وَخَرَجَهُ عَبْدُ الْوَهَّابِ عَلَى غَيْرِ الْمَشْهُورِ فِي مَنَعَ بَيْعِ الْمَاءِ بِالطَّعَامِ إِلَى أَجَلٍ

يعني: أن المشهور جواز بيع الماء بالطعام إلى أجل، ومنعه ابن نافع .

وخرج عبد الوهاب^(١) قولاً بمنع التفاضل فيه من قول ابن نافع؛ لأنه لما دخل فيه ربا

النساء دخل فيه التفاضل .

وَوَهُمَ بَأَنَّ هَذَا حُكْمُ الطَّعَامِ غَيْرِ الرَّبْوِيِّ أَيْضًا

هذا التوهيم للمازري، ووجهه: أن ربا النساء أعم من ربا التفاضل فلا يلزم من وجود ربا النساء الذي هو الأعم وجود ربا الفضل الذي هو الأخص، ألا ترى أن الخس ونحوه يمتنع بعضه ببعض إلى أجل .

وَاخْتِلَافُ الْجِنْسِيَّةِ يُبَيِّحُ التَّفَاضُلَ، وَالْمَعْوَكُ فِي اتِّحَادِهَا عَلَى اسْتِوَاءِ الْمَنَافِعِ وَتَقَارُبِهَا...

لقوله ﷺ: «إِذَا اخْتَلَفَتِ الْأَجْنَاسُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ». ثم ذكر ضابط الجنس الواحد والجنسين، فإن كان الطعامان يستويان في المنفعة كأصناف الحنطة أو يتقاربان كالقمح والشعير كانا جنسًا، وإن تباينا كالتمر مع القمح كانا جنسين .

فَمِنْهُ مَا اتَّفَقَ عَلَى جِنْسِيَّتِهِ، كَأَنْوَاعِ الْحِنْطَةِ وَأَنْوَاعِ التَّمْرِ وَأَصْنَافِ الزَّبِيبِ
هذا ظاهر .

وَكُلُّ حُومٍ دَوَابِّ الْأَرْبَعِ مُطْلَقًا

أي: إنسية كانت أو وحشية، صغيراً أو كبيراً .

وَكُلُّ حُومٍ الطَّيْرِ

أي: أنها صنف واحد إنسيته ووحشيتها؛ لتقارب منافعها .

وَكَدَوَابِّ الْمَاءِ

أي: كذلك صنف واحد .

وَكَاَلْجَرَادِ

أي: جنس مفرد على القول بأنه ربوي وقد تقدم، وقيل: إنه من جملة الطير .

وَكَاَلْأَلْبَانِ مُطْلَقًا، وَإِنْ لَمْ تَسَاوِ فِي وُجُودِ الزُّبْدِ وَالْجُبْنِ

أي: فإنها جنس، والجبن: بسكون الباء وهي الفصحى، ذكرها صاحب «الفصيح»،

ويقال: جُبْنٌ، بضم الباء والنون مع تخفيفها وتشديدتها .

وَمِنْهُ مَا اتَّفَقَ عَلَى اخْتِلَافِهَا كَبَعْضِ مَا ذُكِرَ مَعَ بَعْضٍ

أي: كـبعض ما ذكر أنه متحد مع غير جنسه ونوعه، كالتمر مع الزبيب.
ومنه ما اختلف فيه، كالقمح والشعير المنصوص الجنسية لتقارب منفعتيهما في
القوتية... .

مقابل المنصوص اختيار السيوري وتلميذه عبد الحميد أنهما جنسان، وهو مذهب
الشافعي؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم»^(١)
ووجه المصنف المشهور بقوله: لتقارب منفعتيهما في القوتية، ودليله: ما في مسلم عن معمر
ابن عبد الله: أنه أرسل غلامه بصاع من قمح، فقال: بعه، ثم اشتر به شعيراً، فذهب
الغلام وأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمر فأخبره بذلك، فقال له معمر: لم
فعلت ذلك؟ انطلق فردّه ولا تأخذ إلا مثلاً بمثل، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول:
«الطعام مثلاً بمثل» وكان طعامنا يومئذ الشعير، قيل: فإنه ليس مثله، قال: فأنا أخاف أن
يضارع^(٢).

مالك في «الموطأ»^(٣) بعد أن ذكر ذلك عن سعد بن أبي وقاص، وعبد الرحمن بن
الأسود، ومعيقب الدوسي - رضي الله عنهم -: مثله: أنه الأمر عندنا.
ومثله السلت، وقيل: والعلس.

أي: السلت ملحق بالقمح والشعير، ولعله إنما فصله عنهما لعدم تحقق قول السيوري
فيه، والمشهور أن العلس لا يلحق بالثلاثة، وهو قول المصريين، وضمه المديوني إليها.
بخلاف الأرز، والذرة، والدخن على المشهور

أي: أن المشهور أن الأرز وما ذكر معه لا يضم إلى القمح، والشاذ لابن وهب، وهو
بعيد.

ثم في جنسيتها قولان

أي: إذا فرعنا على المشهور من أنها مباينة لما تقدم، فهل هذه الثلاثة جنس واحد أو
أجناس؟

(١) أخرجه مسلم (١٥٨٧) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

(٢) أخرجه مسلم (١٥٩٢).

(٣) «الموطأ» (٢/ ٦٤٦).

المازري، والمتيطي: والمشهور أنها أجناس.

ونقل عن ابن وهب أنها جنس.

واختلف في القَطَانِيَّ، فَقِيلَ: جِنْسٌ، وَقِيلَ: أَجْنَسٌ، وَقِيلَ: الحِمَصُ واللُّوبِيَا جِنْسٌ،
والبَسِيلَةُ والجُلْبَانُ جِنْسٌ....

الحمص: قال ثعلب: الاختيار فيه فتح الميم.

وقال المبرد: هو بكسر الميم.

وذكر المصنف ثلاثة أقوال:

القول بأنها كلها جنس واحد، رواه ابن وهب.

والقول بأنها أجناس، رواه ابن القاسم وهو المشهور.

والقول الثالث في «الجلاب»^(١)، ونسب لابن القاسم وأشهب.

وروي أشهب عن مالك: أن الحمص والعدس صنف واحد وسائر القطاني أصناف.

والكِرْسَنَةُ: قِيلَ: مِنْ القَطَانِيَّ، وَقِيلَ: لَا.

القول بأنها منها لمالك في «العتبية»، والآخر لابن حبيب.

واختلف في الأَمْرَاقِ باللُّحُومِ المَطْبُوخَةِ الْمُخْتَلِفَةِ، والمَشْهُورُ أَنَّهَا جِنْسٌ

لاشك أن المطبوخة صفة للحوم، والمختلفة الأحسن جعلها صفة للأمراق، ويكون

بمعنى أنه اختلف في اللحوم إذا طبخت بأمراق مختلفة، والباء بمعنى مع، فالمشهور أن ذلك؛ جنس.

قال في «المدونة»^(٢): والمطبوخ كله صنف وإن اختلفت صفة طبخه كقليله بعسل

وأخرى بخل أو لبن؛ يعني: وكذلك إذا اختلفت اللحوم.

ومقابل المشهور للخمى قال: القياس جواز التفاضل لتباين الأغراض.

ويجوز أن تكون المختلفة صفة للحوم ويصير المعنى: أنه اختلف إذا طبخ اللحمان من

(١) «التفريع» (٢/ ١٢٦).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٥٥).

جنسين مختلفين كلحم الوحش ولحم الطير هل يصير بالطبخ جنساً واحداً أو لا؟

وقلنا: الوجه الأول أحسن؛ لأن المسألة منقولة عنه في الدواوين عليه.

وتكلم في «الجواهر»^(١) على الصورتين، فقال: المذهب أن الأمرار واللحوم المطبوخة

صنف، ولا يلتفت إلى اختلاف اللحوم ولا اختلاف ما يطبخ به.

وتعقب هذا بعض المتأخرين ورأى أن الزيرباج يخالف الطباهجة، وكذلك ما يعمل من

لحم الطير مخالف لما يعمل من لحم الغنم.

واختار ابن يونس أن اللحمين المختلفي الجنس إذا طبخا لا يصيران جنساً واحداً،

والباء في الأمرار للمصاحبة كما تقدم.

باللحوم، أي: تعاوضا لحمين مع كل واحد منهما مرق، ولا ينبغي أن تكون سببية

لإيهامه أن التعارض في المرقتين وليس هو مراده، وكذلك لا يجوز أن تكون للعوض؛ لأنه

يلزم أن يكون المعنى أنه اختلف في التعاوض بين اللحم وحده مع المرق وحده وليس هو

مراده.

واعلم أن ظاهر المذهب جواز بيع المطبوخ وزناً، وهو الذي يؤخذ من «المدونة».

سند: وعلى قول ابن حبيب يمنع القديد بالقديد، والمشوي بالمشوي، لا يجوز المطبوخ

بالمطبوخ لاختلاف تأثير النار.

وعلى الجواز، فهل تراعى المثلية في الحال أو حال كون اللحم ينافيه، قولان، وإن

راعينا المثلية في الحال، سند: وهو الظاهر.

فمذهب ابن أبي زيد القيرواني: أن الأمرار داخلة في حكم اللحم وأنها معها جنس

واحد، فإنه قال: يتحرى اللحمان وما يتبعهما من المرق؛ لأن المرق من اللحم، قال:

وكذلك الهريسة بالهريسة.

وقال غيره: إنما يتحرى اللحم خاصة حيث كان نيئاً ولا يلتفت إليه بعد ذلك ولا إلى

ما معه من المرق.

وصححه عبد الحق وأيده بتحري الخبز بالخبز، والعجين بالعجين أنه يتحرى ما دخلها

من الدقيق ولا يراعى تماثل الأعيان الآن.

(١) «الجواهر» (٢/ ٤١٤).

وأما ما يطبخ تبعاً مع اللحم فضربان: ضرب له بعد الطبخ عين قائمة، كاللفت والباذنجان، فابن أبي زيد يجعله تبعاً لحكم اللحم - وقد تقدم قوله في الهريسة - وغيره يقول: لا يباع مع اللحم ولا يتبعه؛ لأنه لحم ويقل بلحم ويقل.

ويجوز بيع بعضه ببعض متماثلاً ومتفاضلاً إن كان من البقول غير المدخرة، وإن ادخر كالبصل والثوم فلا يباع منها متفاضلاً، وضرب ليس له عين قائمة، فمن أصحابنا من يعطيه حكم اللحم، ومنهم من يعطيه حكم الماء؛ لأنه في أصله جنس غير اللحم فلا يتغير بطبخه معه.

واختلف في التَّوَابِلِ أَنَّهَا رَبَوِيَّةٌ، وَالْمَشْهُورُ: أَنَّهَا أَجْنَسٌ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْأُنْيَسُونَ وَالشَّمَارُ جِنْسٌ، وَالْكَمُونَانِ جِنْسٌ وَأَنْكَرَهُ الْبَاجِيُّ.

التَّوَابِلِ: جمع تابل بفتح الباء، وتبع المصنف في تعيين المشهور ابن شاس، وهو مقتضى النقل، ففي ابن يونس: أن ابن القاسم قال في «الموازية»: الفلفل، والقرفاء، والسنبُل، والكسبرة، والقرنباد وهو الكرويا، و[الشونيز] ^(١) وهو الكمون الأسود، والملح هذا كله طعام لا يباع إذا اشترى على الكيل والوزن حتى يستوفى، ولا يصلح منه اثنان بواحد إلا أن تختلف الأنواع.

ابن المواز: قال ابن القاسم: ومثله الشمار، والأنيسون، والكمونان كلها صنف واحد وهو طعام.

وقال أصبغ، ومحمد في هذه الأربعة أصناف: أنها ليست بطعام وهي من الأدوية.

قال أشهب، قال مالك: كل واحد من ذلك صنف. انتهى.

فما رواه أشهب عن مالك مؤيد لما شهرة المصنف أنها أجناس.

ومقابل المشهور في كلامه يحتمل أن يريد به قول ابن القاسم، ويحتمل أن يريد به أنها كلها جنس.

وأنكره الباجي - أي: قول ابن القاسم - وفي بعض النسخ: (وكرهه) وهي بمعناها، وليس المراد الكراهة التي تقابل الإباحة، ولفظه في «المنتقى» ^(٢) بعد أن حكى قول ابن

(١) في ط: والشونين.

(٢) «المنتقى» (٦/ ٣٢٣).

القاسم: والأظهر عندي أن تكون أجناساً لاختلاف منافعها وتباين الأغراض فيها، وأنها لا تمازج في منبت ولا محصد، ولا يجزئ بعضها عن بعض في شيء، وإنما يجمعها اسم الكمون، وليس بظاهر في الكمون الأسود؛ لأن اسم [الشونيز]^(١) فيه أظهر لفظاً وأكثر استعمالاً.

قوله: (على أنها ربوية) أي: على قول ابن القاسم المتقدم.

واختلَفَ فِي الْأَخْبَارِ الْمُخْتَلِفَةِ الْحُبُوبِ، وَفِي الْخُلُولِ

أما الأخباز، ففيها ثلاثة أقوال:

الأول: أنها كلها صنف.

ابن رشد: وهو المشهور.

الثاني: أنها تابعة لأصولها، وهو قول البرقي.

والثالث: أن خبز القطاني صنف وخبز غيرها صنف، ونسب لابن القاسم وأشهب.

والمعروف من المذهب أن الخلول صنف لاتحاد المنفعة، والمشهور: أن الأنبذة أيضاً

جنس، خلافاً لأبي الفرج.

واختلَفَ فِي الْخَبْزِ وَالْكَعْكِ بِالْأَبْزَارِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُمَا جِنْسَانِ

الأبزار راجعة إلى الكعك، وذكره الخلاف أولاً مع ذكر المذهب ثانياً فيه إشارة إلى أن

القول بأنهما جنس، إما اختيار أو تخريج، وهو كذلك.

قال ابن شاس^(٢): قال بعض المتأخرين: وانظر هذا؛ أي: كونهما جنسين مع قولهم،

إن الألوان كلها صنف.

ومقتضى هذا: أن يجعل الكعك والخبز صنفًا واحدًا.

ومفهوم كلامه: أنه لو كان الكعك بغير أبزار لكان مع الخبز جنسًا واحدًا.

والحق اللخمي بالأبزار ما إذا كان يدهن، قال: لأن الزيت ينقل الطعم كما ينقل

الأبزار.

خليل: والظاهر أن الكماج حكمه حكم الخبز؛ لأنه كالكعك الذي لا أبزار فيه.

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤١٥).

(١) في ط: الشونين، والمثبت هو الصواب.

وَالصَّنْعَةُ مَتَى كَثُرَتْ أَوْ طَالَ الزَّمَانُ ثَقُلَتْ عَلَى الْأَصَحِّ، لِأَنَّ الْمَصْنُوعَ يَصِيرُ مُعَدًّا لِغَيْرِ الْأَصْلِ كَالْتَمَرِ وَخَلِّهِ، وَالزَّيْبِ وَخَلِّهِ...

لما ذكر أن الجنس الواحد من الربوي لا يجوز فيه التفاضل، أتبعه بأن الصنعة إذا كثرت أو طال الزمان تسقل على الأصح؛ لأن المصنوع يصير معدا لغير الأصل، ومثل المصنف ذلك بالتمر وخله .

وقد حكى الباجي ^(١) واللخمي هذا الخلاف، وعزا الباجي الشاذ للمغيرة، وزاد عن ابن الماجشون ثالثاً بالجواز في السير دون الكثير للمزابة.

واستبعد ابن عبد السلام وجود الخلاف، قال: ولا يلزم من وجود الخلاف في هذين المثالين وجوده في القاعدة لاحتمال أن يكون مبنيًا على خلاف في شهادة.

وقد يقال: هذا لا يلزم، لأنه تابع لابن شاس، وابن بشير في حكاية الخلاف.

وعبر بالأصح عن المشهور، لكن لم يذكر الخلاف إلا في الطول، وعلى هذا فيكون الأصح راجعاً إلى الطول فقط، ويمكن أن يرجع لهما لما حكاه ابن زرقون عن ابن نافع: أنه لا يجوز القمح أو الدقيق بالخبز.

وعن ابن عبد الحكم: أنه لا يجوز اللحم النيئ بالمطبوخ بحال، وإن طبخ بأبزار أو خل.

وَمَتَى قَلَّتْ بِغَيْرِ نَارٍ لَمْ تُثْقَلْ عَلَى الْأَصَحِّ، كَالْتَمَرِ وَنَبِيذِهِ، وَالزَّيْبِ وَنَبِيذِهِ

قال في «المدونة» ^(٢): سألت مالكا عن النبيذ بالتمر، قال: لا يصلح، والعصير مثله، وغيره: الأصح ليس نصاباً بل أشار الباجي إلى أخذه من رواية أبي زيد عن ابن القاسم في الفقاع بالقمح أنه لا يجوز لتغيير الطعم.

وأجاب سند: بأن الفقاع قد انتقل بما فيه من كثرة الصنعة والتوابل.

وَالْمَشْهُورُ أَنَّ نَبِيذَ التَّمْرِ وَالزَّيْتِ صِنْفَانِ، وَالزُّبُوتُ أَصْنَافٌ

هذه الجملة وقعت في بعض النسخ ونحوه لابن شاس ^(٣)، وهو وهم، بل مذهب

(١) «المنتقى» (٦/ ٣٢٤).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٥١).

(٣) «الجواهر» (٢/ ٤١٤).

«المدونة» وهو المشهور على ما قاله المازري: أنهما صنف واحد.

ونقل الباجي^(١)، واللخمي، والمازري ما شهره المصنف عن أبي الفرج.

وما ذكره من أن الزيوت أصناف هو كذلك في «المدونة»^(٢)، وعلله باختلاف منافعها،

أي: لأن منافعها مختلفة وليست كالخلول واللحم.

اللخمي: والعسول أصناف، قال: ويجوز التفاضل في زيت الكتان؛ لأنه لا يرد

للأكل غالباً، ويجوز بيعه بزيت الزيتون نقدًا أو إلى أجل، ويجوز التفاضل في زيت اللوز؛

لأنه لا يراد للأكل غالباً، وإنما يراد للعلاج ويدخل في الأدوية، وكذلك الجوز.

والمذهب أن الطحن والعجن لا ينقل

قال سند: ذهب عامة الفقهاء إلى أن القمح بدقيقه جنس واحد، إلا أبا ثور فإنه

جعلهما جنسين وجوز فيهما التفاضل، ووافقه المغيرة من أصحابنا واحتج باختلافهما في

الاسم، وأنه لو حلف ألا يأكل دقيقاً لم يحث بأكل القمح، وكذلك العكس.

فلعل المصنف عبر بالمذهب عن المعروف، كما في قوله: والمذهب أنهما جنسان.

وإن كانت بنار لمجرد تجفيف لم تنقل، وإن كانت بزيادة أبازير كشي اللحم بها، أو

تجفيفه بشمس بها، أو طبخه بماء أو غيره، أو خبز الخبز فنقل...

قوله: وإن كانت - أي: الصنعة - بمجرد تجفيف - أي: كشي اللحم - بلا أبازير، فإن

ذلك لا ينقل ليسارة الصنعة، وفيه إشكال؛ لأن المقصود منه حينئذ غير المقصود من غير

المشوي، وإن كانت الصنعة بزيادة أبازير كشي اللحم بها - أي: بالأبازير - أو تجفيفه بشمس

بها، أو طبخه بماء - أي: مع الأبازير - وغيره كالخل مثلاً مع الأبازير، وخبز الخبز؛ يعني:

بتابل.

وقوله: (فنقل) راجع إلى جميع ما تقدم من قوله: (وإن كانت بزيادة أبازير)

والضمير في (بها) في المواضع الثلاثة عائد على الأبازير.

اللخمي، والمازري: وإن طبخ بالماء صرقاً والملح لم ينتقل، واستشكل شيخنا - رحمه

الله - جواز الخبز بالعجين لأنه مزبنة، قال: ولو جعلوا السلق ناقلاً ولم يجعلوا الخبز ناقلاً

(١) «المتقى» (٦/ ٣٢٥).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٥١).

للمزبنة لكان أقرب .

وَفِي قَلِي الْقَمَحِ وَشِبْهِهِ قَوْلَانِ

المشهور: النقل ، لأنه يزبل المقصود من النقل غالباً ، وإذا كان مجرد القلي ناقلاً فمن باب أولى السوق بالقمح .

للخمي : ويجوز الدقيق بالمقلو بالاتفاق .

وَفِي السَّلْقِ ، ثَالِثُهَا : فِي التَّرْمُسِ نَاقِلٌ ، وَفِي الْقَوْلِ غَيْرُ نَاقِلٍ

الثلاثة للأشياخ ، والأقرب النقل ، والله أعلم .

ورأى في الثالث أن السلق في الترمس ناقل ؛ لأنه لا يمكن إلا بعد صنعة طويلة ، بخلاف غيره مما لا يؤكل إلا مسلوقاً .

ونص ابن القاسم في «العتبية»^(١) على أنه لا يجوز بيع البيض المسلوق بالنيء متفاضلاً .

وَتُعْتَبَرُ الْمَسَائِلَةُ حَالَ الْكَمَالِ ، فَلَا يُبَاعُ رُطْبٌ بِتَمَرٍ وَنَحْوِهِمَا بِاتِّفَاقٍ ؛ لِتَوَقُّعِ الرِّبَا ، وَلِأَنَّهُ مُزَابَنَةٌ...

لما قدم أن المماثلة تطلب ذكر الوقت الذي تعتبر فيه ، وذكر أنها تعتبر في حال كماله لأنه المقصود ، ولهذا لم يجز بيع الرطب بالتمر ؛ لأن الرطب إلى الآن لم يكمل ، وقد صح عنه عليه الصلاة والسلام : أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال : «أينقص الرطب إذا جف؟» ، فقالوا : نعم ، فقال : «فلا إذا»^(٢) . صححه الترمذي .

واعترض عليه في لفظه التوقع ؛ لأنها إنما تستعمل في المتوهم ، والربا هنا متحقق .

وأجيب : بأن التوقع بمعنى الوقوع ، أو عبر بذلك اعتباراً بالغالب في الأمور المستقبلية ، ولأن بعض الرطب لا يتمر فلا يتحقق فيه النقص .

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٨٠) .

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٢٥) ، والنسائي (٤٥٤٥) وفي «الكبرى» (٦٠٣٤) ، وابن ماجه

(٢٢٦٤) ، وأحمد (١٥١٥) ، وابن حبان (٤٩٩٧) ، والحاكم (٢٢٦٥) ، والدارقطني

(٤٩/٣) ، والطيايسي (٢١٤) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٣٣٦) ، وصححه الألباني - رحمه

وظَنَّ اللَّخْمِيُّ أَنَّهُ كَاللَّحْمِ الطَّرِيِّ بِالْيَابِسِ

يعني: أن اللحمي خرج قولاً بجواز بيع الرطب بالتمر من أحد القولين اللذين يذكرهما بعد في جواز بيع اللحم الطري بغير الطري.

ابن البشير: ليس كما ظن؛ لأن الرطب حالة كماله اليابس وله يراد، واللحم حالة كماله الرطوبة فلا يطلب فيه شيء بعد ذلك كما يطلب في الرطب.

والى هذا الرد أشار بقوله: (وظن) إذا هو مشعر به، وكأنه اكتفى بما قدمه أولاً من أن المعتبر في المماثلة حال الكمال؛ ولأن قياس اللحمي فاسد الوضع لمقابلة النص.

والمشهور: جَوَّازُ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ

الشاذ لابن الماجشون، ومنشأ الخلاف: هل يعتبر الحال فيجوز، أو المأل فلا يجوز؟ لاحتمال أن ينقص أحدهما أكثر من الآخر.

الباجي^(١): وانظر إن كان نصف التمر بשרاً ونصفها قد أرطب، فهل يجوز بيع بعضه ببعض أو قديمين.

فرع: ويجوز بيع التمر بالتمر إذا كانا جديدين أو قديمين.

اللحمي: واختلف في الجديد بالقديم، فأجازه مالك في «الموازية» ومنعه عبد الملك وهو أحسن.

وفي الحليب بالحليب قولان

مذهب «المدونة»: الجواز.

ابن شاس^(٢): وهو المشهور، والمنع رواية أبي الفرج، ولعله - والله أعلم - لم يعين المشهور في هذه لقوة الشاذ هنا؛ لأن الحليب بالحليب قد يطلب منهما الزبد فتظهر المزاينة فيهما، وليس كذلك الرطب، والله أعلم.

وَيَجُوزُ الزَيْتُونُ بِمِثْلِهِ اتِّفَاقًا كَاللَّحْمِ بِاللَّحْمِ، وَاخْتَلَفَ فِي رَطْبِهِمَا بِيَابِسِهِمَا بِتَحَرِّيِّ

النَّقْصِ

نقل ابن شاس^(١) الاتفاق في الزيتون، وابن بشير الاتفاق في اللحم.

ووجهه اللخمي: بأنه يجوز بيع القمح بالقمح وإن كان الريع يختلف، فكذاك الالتفات إلى الزيت.

ابن عبد السلام: ولولا الاتفاق لكان الأنسب في الزيتون المنع؛ لأن المطلوب الزيت وهو غير معلوم التساوي بخلاف اللحم باللحم.

وقيد اللخمي الجواز في اللحم بأن يكونا ذبحا في وقت واحد أو متقارب.

ويريد: كل واحد من العوضين رطب، أو كل واحد منهما يابس بدليل ما سيقوله بعد.

وقوله: (كَاللَّحْمِ بِاللَّحْمِ) تنظير في كل وجه، والقولان في جواز بيع رطبهما بياسهما لما لك في «المدونة»^(٢).

والذي رجع إليه وأخذ به ابن القاسم المنع، إذ لا يحاط بالتحري.

ووجه الجواز: أن الرطوبة في الزيتون واللحم هي حالة الكمال، وهذا مقيد بأن لا يكون في القديد أبازير، وأما إن كان فيه أبازير فهو جنس آخر.

والمشهور: منعُ القمحِ المبلولِ بمثله، وجَوَازُ المشويِّ بالمشويِّ، والقديدِ بالقديدِ

مقابل المشهور في المبلول في «الجلاب»^(٣) الجواز، بشرط كون البلل واحداً.

وتبع المصنف في حكايته القولين اللخمي، وقيد اللخمي الشاذ بما إذا كان البلل واحداً كما ذكرنا.

وزعم سند أن ما في «الجلاب» هو قول ابن القاسم الذي علل عنه المصنف بالمشهور،

قال: لأن ابن القاسم علل باختلاف البلل، فإذا تحقق الاتحاد جاز، والشاذ في القديد بالقديد، والمشوي بالمشوي لابن حبيب.

والفرق للمشهور: أن البلل في القمح يكثر فيه الاختلاف عادة، ولأن أسفله لا

يساوي أعلاه، بخلاف الشيء فإنه لا يختلف في الغالب، وفيه نظر.

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٠٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٥٤).

(٣) «التفريع» (٢/ ١٢٨).

وأجاز في «المدونة»^(١) بدل العفن بالعفن إذا اشتبهها في العفن.

ابن رشد^(٢): وأجاز سحنون بدل العفن بغيره.

ابن عبد السلام: يعني - والله أعلم - بالسالم، وعلى ذلك ساق المسألة التي ذكر فيها

هذا القول، قال: ومنع بدل المأكول بغيره، يعني: بالمأكول المسوس.

قال: ومنع أشهب بدلها بغيرهما.

وذكر عن مالك، وابن القاسم، وابن وهب إجازة ذلك في المأكول.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَبِالْعَادَةِ الْعَامَّةِ، فَإِنْ اخْتَلَفَتْ فَبِعَادَةِ مَحَلِّهِ

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلشَّرْعِ فِيهِ مَعْيَارٌ، فَالْمُعْتَبَرُ الْعَادَةُ الْعَامَّةُ.

الباجي^(٣): كاللحم الذي يعتبر بالوزن في كل بلد.

وقوله: (فَإِنْ اخْتَلَفَتْ) أي: العوائد، كالجوز، والرمان، وكالسمن، واللبن فبعادة

محله.

فَإِنْ عَسَرَ الْوَزْنَ، فَتَالِثُهَا: يَتَحَرَّى فِي الْيَسِيرِ

خَصَّ الْعَسْرَ بِالْوَزْنِ؛ لِأَنَّ الْكِيلَ لَا يَعْسُرُ.

الباجي^(٤): ولو تغير المكيال المعهود.

وذكر ابن شاس^(٥) عن بعض المتأخرين جواز التحري مطلقاً من غير تقييد بوزن ولا

يسارة.

وقال ابن عبد السلام: تقييد المصنف لهذه المسألة بعسر الوزن هو مذهب الأكثر،

وظاهر «المدونة» عدم هذا الشرط، وأنه جار في القليل والكثير. انتهى.

(١) «المدونة» (٤ / ٢٩٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٣٦).

(٣) «المنتقى» (٦ / ٣٢٧).

(٤) «المنتقى» (٦ / ٣٢٧).

(٥) «الجواهر» (٢ / ٤٠٢).

وكذلك ذكر ابن رشد أن ظاهر «المدونة»^(١) جواز التحري وإن لم تدع إليه ضرورة. وذكر ذلك قولاً صريحاً لبعضهم، خلاف مفهوم قول المصنف عنه، فإنه يفهم منه عدم الجواز إذا لم يعسر.

وفي «البيان»^(٢): الاتفاق على أن ما يباع كيلاً لا وزناً مما يحرم فيه التفاضل أصلاً أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض على التحري، ولا قسمه على التحري. وحكى المصنف ثلاثة أقوال:

الجواز مطلقاً، وقيده ابن رشد بأن لا يكثر جداً حتى لا يستطاع على تحريه. الثاني: المنع مطلقاً، رواه ابن القصار وهو أقرب؛ لأن التساوي مطلوب وهو غير محقق.

والقول الثالث لابن حبيب، وعزي لمالك.

زاد ابن رشد رابعاً: لا يجوز عند عدم الميزان إلا في الطعام الذي يخشى فسادَه. أما من وجب عليه طعام لا يجوز التفاضل فيه، فلا يجوز أن يأخذ عنه تحرياً إلا عند عدم الميزان، قاله سحنون.

فرع:

واختلف فيما يجوز فيه التفاضل، هل تجوز قسمته وبيع بعضه ببعض تحرياً؟ على ثلاثة أقوال:

أحدها: الجواز فيما يباع وزناً أو جزافاً، والمنع فيما يباع كيلاً، وهو مذهب ابن القاسم، حكاه عنه ابن عبدوس.

والثاني: أن ذلك جائز فيما يتباع كيلاً أو وزناً أو عدداً، وهو مذهب أشهب وابن حبيب، ونسب أيضاً لابن القاسم.

والثالث: أنه لا يجوز مطلقاً، وهو في آخر كتاب السلم الثالث من «المدونة»: أنه لا يجوز أن يقسم البقل حتى يجز.

(١) «المدونة» (٧ / ١٠١).

(٢) «المدونة» (٧ / ١٠١).

وفي القمح بالدقيق طريقتان؛ الأولى ثالثها: بالوزن لا بالكيل، والثانية: الثالث^١ يعني: أن الطريق الأولى في المذهب ثلاثة أقوال: يجوز بيع أحدهما بالآخر مطلقاً، ابن عبد السلام: وهو المشهور.

والثاني: المنع لمالك أيضاً؛ لاختلاف الربع.

والثالث: يجوز موازنة ولا يجوز كيلاً، حكاه اللخمي عن ابن القصار، وعكسه غيره.

ثم اختلف في القول الثالث، هل هو خلاف للقولين الأولين وهو قول أهل الطريقة الأولى، أو تفسير لهما وهو قول أهل الطريقة الثانية.

وحكى ابن الماجشون عن مالك قولاً آخر، وهو أنه يجوز في اليسير على وجه المعروف بين الرفقاء، فإذا كثر وخرج إلى حد المكايسة فلا يجوز.

ابن عبد السلام: والطريقة الثانية باطلة؛ لأن ابن القصار الذي هو أصل هذه الطريقة فسر قولي مالك بما نص مالك على خلافه، وذلك أن لمالك في كتاب الصرف من «المدونة»^(١) أنه لا يباع القمح بالقمح وزناً، فإذا لم يجر بيعه بمثله وزناً خشية الوقوع في التفاضل لو كيل بمكياله الشرعي، فكيف يجوز بيعه وزناً بالدقيق.

وقد تقدم أنه تعتبر المماثلة بمقياس الشرع.

والمشهور: إلغاء العظام، وقيل: تتحرى وتسقط

أي: إذا بيع اللحم باللحم وزناً أو تحرياً فهل يباع بعظمه على ما هو عليه ويعد العظم كأنه لحم وهو المشهور، واحتجوا له ببيع التمر بالتمر من غير اعتبار بنواه.

والقول الثاني لابن شعبان: أنه يتحرى ما فيه من العظم ويسقط العظام معنى لا حساً، فعلى المشهور إذا بيع تحرياً إنما يتحرى المجموع، وعلى قول ابن شعبان لا بد فيه من تحريين، قاله ابن عبد السلام.

وقال شيخنا: إنما يحتاج إلى التحري في اللحم فقط، وأما العظم فيسقط، والله أعلم، وهو أظهر من جهة المعنى، لكن كلام ابن عبد السلام هو الذي يؤخذ من كلام المصنف، واستحسن سند قول ابن شعبان، وفرق بأن التمر يفسد بنزع النوى.

فروع:

فإذا بنينا على المشهور أن البيض ربوي وأجزنا بيع بعضه ببيع تحرياً، فإن كان فيه بيض نعام فاختلف هل لا يجوز بيعه إلا أن يستثنى بائه قشره؛ لأنه كسلعة مع ربوي، أو لا؛ لأنه غير مستقل إلا بالقشر ولا يمكن بقاؤه مفرداً، فهو من ضرورته فيعطى حكم العدم أو حكم ما هو حافظ له.

وكذلك جلد الشاتين المذبوحتين

أي: جلد الشاتين كالعظم، وذكره الخلاف في الجلد يقتضي جوازه ابتداء وهو المشهور.

قال في «المدونة»^(١): ولا خير في شاة مذبوحة بشاة مذبوحة إلا مثلاً بمثل تحرياً إن قدر على تحريهما.

ومنه أصبغ؛ لأنه لحم مغيب.

ورده الباجي^(٢) بأن ذلك لا يلزم إذا قلنا: إن الجلد لحم.

ورأى اللخمي المنع ولو استثنى الجلدين.

وعلى الجواز، فظاهر «المدونة» دخول الجلد في البيع، وهو الذي يؤخذ من تشبيه المصنف.

وقال فضل بن أبي سلمة: لا ينبغي ذلك وإن استطع تحريهما، إلا أن يستثنى كل واحد جلد شاته.

وروى يحيى بن يحيى نحوه عن ابن القاسم؛ لأنه لحم وجلد بلحم وجلد.

ورده الباجي بما تقدم، فإنه يؤكل كثيراً مسموطاً.

سند: وعلى قول الباجي يراعى الصوف فيفرق بين المجزوتين وغيرهما.

ونقل بعضهم قولاً بجواز بيع الشاتين المذبوحتين في السفر لا في الحضر.

وأجيز بيع الحُبْزِ بالخُبْزِ تحرياً، وفي التَّحَرِّيِّ، نَالِثُهَا: بِالْدَّقِيقِ فِي حُبْزِ الصَّنْفِينِ،

(١) «المدونة» (٣/ ١٥٦).

(٢) «المتقى» (٦/ ٣٧٠).

وبالرطوبة الواحد، قَالَ الْبَاجِي: يَنْبَغِي الْوَزْنُ وَحْدَهُ

يعني: أنه يجوز بيع الخبز بالخبز تحريًا، نص مالك على ذلك في «الموطأ»^(١)، وفي السلم الأول من «المدونة»^(٢).

وحكى بعض الشيوخ عن مالك أن الخبز بالخبز يجوز فيه التفاضل، وهو مشكل. وقوله: (وفي التَّحْرِي) أي: إذا أجزنا بيع بعضه ببعض متماثلًا فاختلف في كيفية التحري على ثلاثة أقوال:

الأول: يتحرى دقيقهما، وهو قول ابن القاسم في «العتبية»^(٣)، الباجي^(٤): وهو مذهب جمهور أصحابنا، وقال في موضع آخر^(٥): هو ظاهر المذهب، لكن قيده بما إذا كان الخبز من صنف واحد.

وذكر ابن رشد^(٦): لا خلاف أن المعتبر في الخبز إن كان أصلهما مختلفًا على مذهب من يرى أن الأخباز كلها صنف واحد، فليس هذا القول على عمومته كما قاله المصنف.

والثاني: أن المعتبر الوزن، وهو الذي أراده بقوله: (وبالرطوبة) أي: أنه تعتبر الرطوبة في الوزن فلا التفات إلى الدقيق.

الرطوبة: ما يجعل في الدقيق من الماء والملح والخبز.

والثالث: أنه يتحرى الدقيق إن كانا من صنفين ويتحرى الوزن إن كانا من صنف واحد، وفي كلامه نظر من وجوه:

أولها: ما تقدم أن كلامه يقتضي أن الأول يعتبر الدقيق مطلقًا، وليس كذلك.

ثانيها: أن القول الثالث عكس فيه النقل؛ لأن المنقول أن الخبز إن كان الأصل الذي

(١) «الموطأ» (٢/ ٦٤٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٦٦).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٨٦).

(٤) «المنتقى» (٦/ ٢٠٠).

(٥) «المنتقى» (٦/ ٣٣٤).

(٦) «البيان والتحصيل» (٨/ ٨٧).

خبزا منه لا يحل التفاضل فيه كقمح وشعير يوزن الدقيقان لا يوزن الخبزان.

وإن كان ما خبزا منه يجوز فيه التفاضل كقمح وفول اعتبر تساويهما في الوزن، قاله بعض القرويين، هكذا نقله المازري، وابن يونس^(١) وغيرهما.

ثالثها: أن هذا لا يكون ثالثا إلا إذا كان القول الأول على عمومته، وقد تقدم ما فيه.

رابعها: يوهم ما نقله عن البايجي أنه قول رابع، وليس كذلك إذ هو الثاني.

والمذهب: **أَنَّ النَّهْيَ يَدُلُّ عَلَى الْفَسَادِ إِلَّا بِدَلِيلٍ**

هكذا حكاه عبد الوهاب، وهو المختار عند أهل الأصول، ومحل ذلك كتب الأصول، ويستدل لهذه القاعدة بالحديث الصحيح: «من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد».

فَمَنْهُ بَيْعُ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ، وَمَحْمَلُهُ عِنْدَ مَالِكٍ عَلَى الْجِنْسِ الْوَاحِدِ لِلْمِزَابَةِ، فَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّيْرِ بِالْحَمِّ الْغَنَمِ وَبِالْعَكْسِ..

روى مالك في «مراسيله» عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب: أن الرسول ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم، والمحمل: اسم مصدر؛ أي: اسم للحمل، فقياسه على هذا: أن يكون مفتوح الميمين؛ لأن كل مضارع على يفعل كيضرب، ولم تكن فاؤه واواً فقياس اسم مصدره على مفعّل بفتح العين، وللزمان والمكان بكسرها؛ أي: ومحمل هذا النهي عند مالك - رحمه الله - على الجنس الواحد؛ لأن بيع اللحم بالحيوان بيع معلوم بمجهول، وهو معنى المزابنة.

وفي كلامه إشارة إلى أنه لو كان هذا الحيوان غير مباح الأكل لجاز بيعه باللحم وهو كذلك، فيجوز بيع الخيل باللحم لعدم المزابنة حيثئذ، وأشار بقوله: (عِنْدَ مَالِكٍ) إلى محمل الليث والشافعي، فإنهما حملاه على عمومته.

وروي عن أشهب جواز بيع اللحم بالحيوان.

قوله: (فَيَجُوزُ بَيْعُ...) إلى آخره؛ لأن المزابنة شرطها اتحاد الجنس.

وخصَّصَهُ الْقَاضِيَانِ بِالْحَيِّ الَّذِي لَا يُرَادُ إِلَّا لِلذَّبْحِ

أي: كالشاة المعلوفة والكبيرة، فهو تخصيص للنهي بعد تخصيص الإمام، وهو متجه

لظهور القصد إلى المزابنة في هذا النوع وبعدها في الصحيح، وهو قول الأبهري وغيره من البغداديين، فلا يقال: يرد عليه ما أورده المازري وغيره على قول مالك من أن المزابنة تمتنع حيث لا تكثر في إحدى الجهتين كثرة بينة.

ومالك منع مطلقاً فلم تطرد العلة؛ لأننا نقول: إذا ظهرت الزيادة فالمنع لأجل التفاضل عندهما - وإن شك - فالمنع عندهما للمزابنة والتفاضل.

ولأجل أن مالكا لم يطرد العلة وقال بالمنع وإن ظهر الفضل، مع كونه علل بالميزانية، أجرى للخصمي قولاً ثالثاً بالجواز في الجنس الواحد إذا تبين الفضل.

وَمَا لَا تَطُولُ حَيَاتُهُ وَمَا لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ، إِلَّا اللَّحْمُ كَاللَّحْمِ خِلَافًا لِأَشْهَبَ، وَهُمَا رَوَاتَانِ

يعني: أن قول مالك اختلف فيما لا تطول حياته من الحيوان كطير الماء، وما لا منفعة فيه من الحيوان إلا اللحم.

ابن عبد السلام: كالخصي من المعز، هل هو كاللحم فلا يجوز بيعه بحيوان من جنسه وبه أخذ ابن القاسم، أو لا وبه أخذ أشهب؛ لأنه يصدق عليه أنه حيوان.

ومنع ابن القاسم أيضاً بيع هذا الحيوان بلحم؛ لأنه حي إلا أن يجعله مع الحيوان لحماً ومع اللحم حيواناً احتياطياً.

فَإِنْ طَالَتْ أَوْ كَانَتْ الْمَنَفْعَةُ يَسِيرَةً كَالصَّوْفِ فِي الْخَصِيِّ فَقَوْلَانِ

يعني: إذا فرعنا على ما أخذ به ابن القاسم، فإن كان الحيوان تطول حياته كالشارف الذي لا يراد إلا للذبح، أو كانت منفعته يسيرة كصوف الخصي من الضأن، ففي كل نوع قولان، أما ما تطول حياته، فقال ابن المواز: كره مالك، وابن القاسم الشارف والمكسور من الأنعام باللحم، ثم أجازاه مالك، وخففه أصبغ.

والمراد بالكرهية التحريم، وقد صرح للخصمي بذلك في تعليقه.

وأما ما فيه منفعة يسيرة، فقال ابن القاسم: لا يجوز بيع الكبش الخصي بالطعام إلى أجل، إلا أن يكون مما يقتنى لصوفه، قال: وأما التيس الخصي بالطعام إلى أجل فلا يحل؛ لأنه لا يقتنى لصوفه إنما هو للذبح، وأجازاه أصبغ وأشهب، كان فيه منافع أو لا.

وفهم من قوله: (الْمَنَفْعَةُ يَسِيرَةً) أنها لو كانت كثيرة - كما إذا كان لها صوف ولبن ويقصد منها الولادة - أنها ليست كاللحم.

ابن راشد: ولا خلاف في ذلك.

وَمِنْ ثَمَّ اخْتَلَفَ فِي بَيْعِهِ بِالطَّعَامِ نَسِيئَةً

يعني: ولأجل الخلاف في كونه كاللحم أو كالحیوان اختلف المذهب في بيع هذا الحيوان بالطعام إلى أجل، فمن عده طعاماً منع؛ لأنه طعام بطعام إلى أجل، وهو قول ابن القاسم.

قال ابن القاسم في «العتبية»^(١): فلا يجوز بيع الكبش الخصي بالطعام إلى أجل إلا أن يكون كبشاً يقتنى لصوفه.

مالك: وأما التيس الخصي بالطعام إلى أجل فلا يحل؛ لأنه لا يقتنى لصوفه وإنما هو للذبح.

ابن المواز: وأجازه أشهب وأصعب، مالك: وليس كل شارف سواء، وإنما ذلك في الذي قد شارف الموت، فأما ما كان يقبل ويدبر ويرتفع فلا.

وَفِي الْمَطْبُوخِ بِالْحَيَوَانِ قَوْلَانِ

ظاهر كلامه: أن القولين بالإجازة والمنع، والذي حكاه ابن المواز أن ابن القاسم أجازه، وأشهب كرهه.

وإذا كان اللحم ينتقل بالطبخ عن جنسه فلا يجوز بالحيوان من باب الأولى.

ووجه الكراهة: الوقوف مع لفظ الحديث.

وَمِنْهُ الْمُزَابَنَةُ، وَهُوَ بَيْعُ مَعْلُومٍ بِمَجْهُولٍ وَمَجْهُولٍ بِمَجْهُولٍ مِنْ جِنْسِهِ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَكْثَرُ جَازَ فِيمَا لَا رِبَا فِيهِ...

أي: ومن المنهي عنه - وكذلك في كل ما يأتي - وصح من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة^(٢).

والمزابنة: بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً، وبيع الزبيب بالعنب كيلاً.

وضمير (هو) يعود على المضاف المحذوف؛ أي: بيع المزابنة.

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٠٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٦٣)، ومسلم (١٥٤٢).

وتفسيرها الواقع في الحديث إنما هو في الربوي، وهو عند أهل المذهب لا يختص بالربوي؛ لأن غير الربوي وإن لم يدخل تحت المزابنة فثم عمومات يدخل تحتها كالنهي عن الغرر.

وقوله: (فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَكْثَرُ جَازَ فِيمَا لَا رِبَا فِيهِ) لانتفاء المزابنة عنه إذ ذاك، إذ المزابنة المدافعة من قوله: ناقة زبون، إذا منعت من حلابها، ومنه الزبانية لدفعهم الكفرة، فكان كل واحد من المتابعين يدفع صاحبه عن مراده ويعتقد أنه الغالب، فإذا علم أن أحدهما أكثر انتفى هذا.

وعموم قوله: (جَازَ فِيمَا لَا رِبَا فِيهِ) يشمل غير المطعومين والمطعومين غير الربويين. وهو مقتضى النظر، لكن ذكر ابن رشد في جواز بيع الرطب باليابس إذا كانا غير ربويين ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك لا يجوز وإن تين الفضل، وهو دليل ما في سماع عيسى وما في سماع أصبغ؛ لعموم النهي عن الرطب باليابس.

الثاني: أنه يجوز بشرط تحري المساواة، وهو أيضاً في سماع عيسى.

والثالث: التفصيل - كما أشار المصنف إليه - جائز إن تين الفضل، وغير جائز إن لم يتين الفضل، وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد.

ابن عبد السلام: وهو الصحيح: وقد ذهب فضل إلى أن هذا ليس باختلاف، وأن القولين الأولين راجعان إليه.

وَلَوْ دَخَلَتْهُ صَنْعَةٌ مُعْتَبَرَةٌ جَازَ

أي: أن المصنوع يصير معداً لغير الأصل كالخبز بالعجين.

وقوله: (جَازَ) يعني: البيع إن كان نقداً أو إلى أجل، تقدم المصنوع أو تأخر زمناً لا يصنع في مثله مثله، فإن تأخر قدر ما يصنع فيه منع لأنه مزابنة.

وَفِيهَا: مَنَعَ بَيْعَ الْفُلُوسِ بِالنُّحَاسِ نَقْدًا لِأَنَّهُ مُزَابَنَةٌ، وَجَوَّازُ بَيْعِ النُّحَاسِ بِالتُّورِ النُّحَاسِ نَقْدًا، وَاسْتَشْكَلَهُ الْأَئِمَّةُ، وَفُرِّقَ بَقِيلَةُ الصَّنْعَةِ فِي الْفُلُوسِ...

التور: بالناء المثناة المفتوحة.

الجوهري^(١): إناء يشرب فيه، ونسب هذه «للمدونة» لإشكالها؛ لأنه جعل الصنعة في الفلوس غير معتبرة بخلاف التور.

وما حكاه المصنف من التفرقة هو المشهور، ومسألة الفلوس في السلم من «المدونة»^(٢).

ابن عبد السلام: ومسألة التور ليست بجلية في «المدونة»، ولكن هو المشهور.

وذكر في «البيان»^(٣): في تور النحاس ثلاثة أقوال:

أحدها: جواز ذلك نقدًا وإلى أجل لأجل الصنعة، وهو قول مالك في إحدى روايتي

ابن وهب.

الثاني: جوازه نقدًا وإن لم يتبين الفضل، ولا يجوز إلى أجل، وهو ظاهر «المدونة»

لتشبيهه فيها ذلك بالكتمان بثوب الكتان، وهي رواية ابن وهب الأخيرة.

والثالث: أن ذلك لا يجوز إلى أجل ويجوز في النقد إن تبين الفضل، وهو قول مالك

في «العتبية»^(٤)، وعليه تأول التونسي «المدونة»، وتأول غيره عليه عدم الجواز وإن تبين

الفضل.

قال في «البيان»^(٥): ولا أعلم خلافًا في منع بيع الفلوس بالنحاس للمزبنة.

قال: وأما مصنوع بمصنوع من النحاس فلا خلاف في جوازه.

واعترضه التونسي وقال: لا فرق في القياس بين مصنوع بغير مصنوع أو مصنوع

بمصنوع؛ لأن الصناعة إذا لم يكن لها تأثير في جهة فكذا في جهتين. انتهى.

واستشكل الأشياخ المنع في الفلوس، وقالوا: القياس جوازه؛ لأن الصنعة نقلته كما

في التور، والفرق الذي ذكره المصنف لابن بشير، وفيه نظر.

وَمِنْهُ: بَيْعُ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ

(١) «الصحاح» (٢ / ٦٠٣).

(٢) «المدونة» (٣ / ١٥٩).

(٣) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٠٣).

(٤) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٠٤).

(٥) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٠٤).

الكالى^(١): مهموز، مأخوذ من الكلاءة بكسر الكاف، وهي الحراسة والحفظ.

فإن قيل: فالدين مكلو فكيف أطلق عليه كالتاء؟

فجوابه: يحتمل أن يكون مجازاً في المفرد، أطلق الكالى على الدين المكلو مجازاً والعلاقة الملازمة.

وقد يرد اسم الفاعل بمعنى المفعول، كقوله تعالى: ﴿مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ﴾ [الطارق: ٦] أي: مدفوق، ويحتمل في الإسناد؛ أي: إسناد الفعل إلى ملابس له بتأويل، أي: كالى صاحبه كعيشة راضية، ويكون في الحديث إضمار تقديره: نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع مال الكالى بمال الكالى؛ لأن كل واحد من المتبايعين يكلاً صاحبه، أي: يحرسه لأجل ما له قبله، ولهذا وقع النهي عنه لأنه يفضي إلى كثرة المنازعة والمشاجرة.

والنهي المشار إليه ذكره عبد الرازق، وقال: أخبرني الأسلمي، قال: حدثنا عبد الله بن عمر، وضعفه دينار قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالى بالكالى، وهو الدين بالدين^(٢).

قال عبد الحق: الأسلمي هو إبراهيم بن محمد بن يحيى وهو متروك، كان يرمي بالكذب.

قال بعض من تكلم على هذا الموضع: ووثقه الدارقطني، والشافعي، ومحمد بن سعيد الأصفهاني.

وقد رواه الدارقطني^(٣) من حديث موسى بن عقبة عن عبد الله بن دينار: أنه ﷺ نهى عن بيع الكالى بالكالى.

وموسى بن عقبة مولى آل الزبير ثقة روى له الجميع.

وَحَقِيقَتُهُ: بَيْعُ مَا فِي الدِّمَّةِ بِشَيْءٍ مُؤَخَّرٍ

اعلم أن هنا ثلاث حقائق:

الأولى: فسخ الدين في الدين، وهو أن تبيع الدين ممن هو عليه شيء مؤخر من غير

(١) «الصحاح» (١ / ٦٩).

(٢) أخرجه الحاكم (٢٣٤٢)، والدارقطني (٣ / ٧١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٣١٦) وضعفه الألباني - رحمه الله.

(٣) «سنن الدارقطني» (٣ / ٧١).

جنسه أو من جنسه، وهو أكثر، والمنع في هذه أشد من الأخيرتين؛ لأنها ربا الجاهلية أو من رباها فهي محرمة بالقرآن، بخلاف الأخيرتين فإن الآية لا تقتضيهما، وإنما المنع فيهما بالحديث، ولا يجوز فيهما التأخير إلى مثل ذهابه إلى البيت، وأما أن يفارقه ثم يطلبه فلا يجوز إلا قدر ما لا يمكن القبض إلا به، فإن كان يسيراً فبقدر ما يأتي بمن يحمله. فإن كان طعاماً كثيراً جاز مع اتصال العمل ولو شهراً، قاله أشهب.

قال: وهذا إذا كان ما يأخذه منه حاضراً أو في حكمه كالشيء يكون في منزله أو حانوته فيذهبان من فورهما إلى قبضه، وأما إن كان على ستة أميال، فقد كرهه مالك في «الموازية» حل الدين أو لم يحل.

الحقيقة الثانية: ابتداء الدين بالدين، وهو تأخير رأس مال السلم، وهذه المرتبة أخف المراتب؛ لأنهم أجازوا التأخير فيه بلا شرط ثلاثة أيام على المشهور.

الحقيقة الثالثة: بيع الدين بالدين، وهي كالواسطة بينهما.

اللخمي: واختلف في التأخير في بيع الدين، فمنع ذلك في «المدونة» إلا على المناجزة.

وقال محمد: يجوز التأخير اليوم واليومين، قال: وهو أصوب، ولا فرق بين بيع الدين وابتداء الدين.

وحكى ابن بشير في الصرف قولين: هل يلحق بيع الدين بابتداء الدين أو بفسخ الدين؟ ولا بد في حقيقة بيع الدين أن تتقدم عمارة الذمتين أو أحدهما، كمن له دين على رجل ولثالث دين على رابع فباع كل واحد ما يملك من الدين بدين صاحبه.

وكذلك لو كان لرجل دين على رجل فباعه من ثالث بدين، وعلى هذا فلا بد في حقيقة بيع الدين بالدين من ثلاثة أشخاص، بخلاف فسخ الدين في الدين فإنه لا زيادة فيه على اثنين، فقد اتضح الفرق بينهما، وكذلك بينهما وبين ابتداء الدين بالدين؛ لأن ابتداء الدين بالدين إنما يعمر الذمتين عند المعاوضة بخلافهما.

إذا تقرر هذا فكلامة يشمل بيع الدين بالدين، وفسخ الدين في الدين؛ لأن كلاً منهما قد بيع فيه ما في الذمة بشيء مؤخر، ولا يشمل ابتداء الدين بالدين؛ لأنه لم يبيع شيئاً قد تقرر في الذمة.

وقد يقال: بل كلامة يشمل الثلاثة؛ لأن تقدير كلامه: بيع شيء كائن في الذمة بشيء

مؤخر، والكائن في الذمة أعم من أن يكون تقرر قبل ذلك أولاً، وإنما يأتي الحمل الأول إذا جعلت (ما) موصولة، وأما إذا جعلت نكرة موصوفة فلا، على أنه يمكن أن يشمل كلامه الثلاثة ولو جعلناها موصولة.

واعلم أن العقود التي تشترط فيها المناجزة ستة: الصرف، وبيع الطعام بالطعام، والإقالة من الطعام، والإقالة من العروض، وفسخ الدين في الدين، وبيع الدين بالدين.

قال في «المقدمات»^(١): وباب الصرف أضيق أبواب الربا.

ابن راشد: والإقالة من العروض دون الإقالة من الطعام في طلب المناجزة؛ لأن الإقالة من الطعام يحذر فيها من بيع الطعام قبل قبضه ومن فسخ الدين بالدين، والإقالة من العروض إنما يحذر فيها من فسخ الدين في الدين.

وتقدم الخلاف في بيع الدين هل هو كابتداء الدين أو فسخه؟

وَكَذَلِكَ يَبْعُهُ بِمَنَافِعٍ، وَقِيلَ: إِلَّا مَنَافِعَ عَيْنٍ

يعني: وكذلك يمتنع بيع الدين بمنافع مطلقاً، سواء كانت منافع معين أو منافع مضمونة.

وقال أشهب: إنما يمتنع إذا كانت المنافع مضمونة، وأما منافع معين فيجوز؛ لأن المنفعة إذا استندت إلى معين أشبهت المعينات المقبوضة لأنها أسندت إلى معين، كأن يفسخ الدين في ركوب دابة معينة إلى بلد، أو في كراء مضمون إلى بلد، وسبب الخلاف هل قبض الأوائل كقبض الأواخر؟ ورأى ابن القاسم: أن المنافع وإن كانت معينة كالدين لتأخر إجزائها؛ أي: لأنها لا تقبض ناجزاً، ولأن الضمان من مالك الرقبة.

وسبب الخلاف في المعين هل النظر إلى التعيين، أو النظر إلى عدم القبض وتأخير.

وكلام المصنف هنا إنما هو في بيع الدين من المدين؛ لأنه سيتكلم في بيعه من غيره.

وصحح المتأخرون قول أشهب، لأنه لو كانت منافع المعين كالدين يمتنع فسخ الدين فيها لامتنع اكتراء الدواب واستئجار العبد وشبهه بدين، والمذهب جوازه.

وفرق: بأن اللازم في محل المنع هو فسخ الدين، وفي محل الجواز ابتداء الدين بالدين، وهو أخف.

وفي بيعه بمعين يتأخر قبضه كالدار الغائبة والمواضعة، والمتأخر جذأذه، قولان...

يعني: فلو باع الدين لمن هو عليه بدار غائبة أو أمة متواضعة أو ثمر بدا صلاحه ولا يجذ في الحال، فقولان: المشهور، وهو مذهب «المدونة»: المنع؛ لأنه قد تأخر القبض فأشبه الكالئ بالكالئ، والقول بالجواز لأشهب.

واستشكل الشيوخ المنع في الدار الغائبة؛ لأنها كالمقبوضة بنفس العقد على المشهور كما تقدم، بخلاف الأمة المتواضعة فإن ضمانها من بائعها، وكذلك المتأخر جذأذه فيه ضمان الجوائح؛ ولهذا قال جماعة: إن معنى المسألة أن الدار بيعت مدارعة فصار فيها حق توفية.

فإن بيع من غير المدين اشترط حضوره وإقراره

يعني: فإن بيع الدين من غير من عليه الدين فيشترط حضور المدين وإقراره، أما حضوره فليعلم ملاؤه وعدمه، وأما إقراره فثلاثا يكون من شراء ما فيه خصومة وهو غرر. وإذا حصل هذان الشرطان جاز شراؤه اتفاقاً، وأما شراؤه وهو على ميت فمنعه في «الموطأ»^(١).

ابن رشد^(٢): ولا خلاف فيه؛ لأنه غرر، إذ قد يكون عليه أكثر من تركته فلا يكون له إلا ما نابه في الخصاص، وهو مجهول.

وأما إن كان حيا ولكنه غائب فإن لم تكن عليه بينة فنص مالك في غير موضع على المنع.

وظاهر قول أصبغ في «العتبية»: جواز بيعه، وعلى ذلك فهمها ابن رشد، وتأوله في موضع آخر على أن الغيبة قريبة، وإن كانت عليه بينة فالمشهور: أنه لا يجوز، إذ لا يدري أهو حي أم ميت، مقرر هو أم منكر؟

ابن رشد^(٣): وأجازه ابن القاسم في سماع موسى إذا كانت غيبته قريبة بحيث يعرف حاله، وقاله أصبغ في «نوازل»، ورواه ابن دينار عن مالك. وإن كان حاضراً فهل يشترط إقراره؟ المشهور: اشتراطه.

(١) «الموطأ» (٢/ ٦٧٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ٨٢).

(٣) «البيان والتحصيل» (٧ / ٨٣).

ابن رشد: وتقوم إجازته من إجازة ابن القاسم بيع الدار التي فيها خصومة على ما وقع في بعض روايات المدونة.

ومنه: بَيْعُ الْغَرَرِ، وَهُوَ ذُو الْجَهْلِ وَالْخَطَرِ وَتَعَذُّرُ التَّسْلِيمِ
في مسلم^(١): نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغرر.
وهو يشتمل على ثلاثة أنواع:

أحدها: هذا، والجهل بينه في قوله: (كزنة حجر مجهول، وكتراب الصواغين).

الثاني: هو الخطر، وهو ما تردد بين السلامة والعطب، كبيع المريض في السياق، والآبق، والشارد، والثمار قبل بدو صلاحها على التبقية.

الثالث: تعذر التسليم نحو الطير في الهواء، والسماك في الهواء، وقد يحتمل اثنان في محل واحد كالطير في الهواء، وكلامه ظاهر.

وَبَعْضُهُ مَعْفُوٌّ، قَالَ الْبَاجِيُّ: الْيَسِيرُ، وَزَادَ الْمَازِرِيُّ: غَيْرُ مَقْصُودٍ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ
أي: وبعض الغرر معفو، إذ لا يكاد يخلو بيع عنه.

وقوله: (قَالَ الْبَاجِيُّ)^(٢) هو تفسير للبعض المعفو عنه.

و(الْيَسِيرُ): خبر مبتدأ محذوف.

وزاد المازري مع قيد اليسارة قيدين آخرين: أن يكون غير مقصود، وأن يكون محتاجاً إليه.

وقرره في «المعلم»^(٣): بأن العلماء أجمعوا على فساد بعض بیاعات الغرر؛ كالأجنة، والطير في الهواء، والسماك في الماء.

وأجمعوا على صحة بعضها؛ كالجنة وإن كان حشوها مغيباً، وإجازة الدار مشاهرة مع كون الشهر ناقصاً وكاملاً، وكدخول الحمام والشرب من السقاء مع اختلاف الناس في الاستعمال والشرب من السقاء.

(١) «صحيح مسلم» (١٥١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) «المنتقى» (٦ / ٣٩٩).

(٣) «المعلم» (٢ / ١٦٠).

واختلفوا في بعضها، فيجب أن يبحث عن الذي يعرف منهم اتفاقهم واختلافهم، ففهمنا عنهم أنهم إنما منعوا بيع الأجنة لعظم غررها وأن الغرر فيها مقصود، وأجازوا تلك المسائل لأن الغرر فيها يسير غير مقصود وتدعو الضرورة إلى العفو عنه.

والخلاف في بعضها لتحقيقه، ففي بيع الإماء وغيرهن بشرط الحمل الظاهر، ثالثها: إن قصد البراءة منه صح وإلا فسد...

يعني: والخلاف في بعض البياعات المشتمة على الغرر لتحقيق ذلك القدر هل هو من اليسير فيعفى عنه أو من الكثير فلا يعفى عنه.

وينبغي إذا شك في محل هل هو من اليسير أو من الكثير المنع؛ لأنه أسعد بظاهر الحديث، وقد يقال: بل الغرر مانع والشك فيه غير قادح، إذ الأصل الجواز.

وقوله: (ففي بيع الإماء...) إلى آخره، يعني: أن المذهب اختلف في جواز بيع الأمة، والشاة، والناقة، والبقرة بشرط أنها حامل على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه جائز، سواء قصد بشرطه التبرؤ أو زيادة الثمن؛ لأنه تبرأ في الأول من عيب، وفي الثاني الغالب سلامته وولادته.

الثاني: أنه ممتنع وهو مذهب المدونة، وعلله بأنه كأنه أخذ لجنيها ثمنا.

والثالث مالمك في «الموازية»: إن قصد البراءة صح، وإن قصد الاستزادة لم يصح.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب، وبعضهم رد القولين الأولين عليه.

خليل: وفي كلام المصنف نظر؛ لأنه يقتضي أن القول الثاني أنه لا يصح وإن قصد البراءة، وهذا لا ينبغي أن يختلف في جوازه.

وقد صرح ابن زرقون بذلك، وإنما الخلاف إذا قصد الاستزادة في الثمن والمشهور:

المنع، ولفظ ابن زرقون: اختلف في بيع الجارية التي يزيد في ثمنها الحمل على أنها حامل والبقرة وغيرها، على ذلك فمنعه مالك في سماع ابن القاسم وإن كانت ظاهرة الحمل، وأجازه سحنون إذا ظهر الحمل، وأجازه أشهب وإن لم يظهر، فإذا قلنا بهذا القول فوجدناها غير حامل، فقال أشهب: يردّها.

وقال ابن أبي حازم: إن باعها وهو يظن أنها حامل فإذا هي غير حامل فلا يردّها، وإن

علم أنها غير حامل بمعرفته أن الفحل ينزو عليها فله أن يردّها؛ لأنه غره وأطمعه.

وأما إن كانت الجارية رفيعة ينقصها الحمل فباعها على أنها حامل وهي ظاهرة الحمل، فلا خلاف في جوازه؛ لأن ذلك على معنى التبرؤ، وإنما لا يفسد البيع في الرمكة على أنها حامل في قول من أجازه إذا قال ذلك قولاً مطلقاً، ولو قال: إنها حامل من فرس أو من حمار لفسد البيع؛ لاحتمال أن يكون انفلت عليها غير الذي سماه.

وَأَمَّا بِشَرَطِ الْخَفِيِّ ففَاسِدٌ إِلَّا فِي الْبَرَاءَةِ

أي: فلا يجوز اشتراط الحمل الخفي إذا قصد به الاستزادة، وقد تقدم قول أشهب أنه أجازه، سواء كانت ظاهرة الحمل أم لا.

وما ذكره من جواز التبرؤ في الحمل الخفي إنما هو في الأمة الوحش، وأما الرائعة فلا يجوز بيعها بشرط البراءة منه؛ لأن الحمل يضع من ثمنها كثيراً وذلك غرر، نص عليه في «المدونة»^(١) وغيرها، قال: وهذا مع انتفاء السيد من وطئها، وأما إن أقر بوطئها لم يجز بيعها وإن كانت وخشاً، إذ لا خلاف أن البراءة لا تنفع من حمل يلزمه.

وَمِنْهُ بَيْعُ الْمَضَامِينِ وَالْمَلَأَقِصِ، وَحَبْلُ الْحَبْلَةِ، وَفِي «الْمَوْطَأِ»؛ الْمَضَامِينُ: مَا فِي بَطُونِ إناثِ الإبل، وَالْمَلَأَقِصِ: مَا فِي بَطُونِ الْفُحُولِ، وَعَكْسُ ابْنِ حَبِيبٍ، وَفِيهِ حَبْلُ الْحَبْلَةِ: بَيْعُ الْجَزُورِ إِلَى أَنْ يُتَجَّ نَتَاجُ النَّاقَةِ، وَرَوَى ابْنُ حَبِيبٍ: بَيْعُ نَتَاجِ نَتَاجِ النَّاقَةِ...

النهى في «الموطأ»^(٢)، وكلامه ظاهر التصور.

وَمِنْهُ بَيْعُ الْمَلَامِسَةِ: وَهُوَ أَنْ يَلْمَسَ الثَّوبَ فَيَجِبُ الْبَيْعُ مِنْ غَيْرِ تَبَيُّنٍ. وَمِنْهُ بَيْعُ الْمُنَابَذَةِ: وَهُوَ أَنْ يَتَنَابَذَا ثَوْبَيْنِ فَيَجِبُ الْبَيْعُ...

في الصحيح: أنه - عليه السلام - نهى عن بيعتين في بيعة، وعن بيع الملامسة، وبيع المنابذة^(٣).

قال في البخاري^(٤): الملامسة: لمس الثوب لا ينظر إليه ولا يقلبه. والمنابذة: طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه وينظر إليه.

وفي مسلم^(٥): الملامسة: لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه إلا

(١) «المدونة» (٢ / ٣٧٢). (٢) «الموطأ» (٢ / ٦٦٥).

(٣) أخرجه البخاري (٣٦١)، ومسلم (١٥١١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) «صحيح البخاري» (٧ / ١٤٧).

(٥) «صحيح مسلم» (٣ / ١١٥٢).

بذلك.

والمنابطة: أن يبنذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الآخر إليه ثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض به.

ومنه: بَيْعُ الْحَصَاةِ: وَهُوَ أَنْ تَسْقُطَ حَصَاةٌ مِنْ يَدِهِ فَيَجِبُ الْبَيْعُ، وَقِيلَ: أَنْ تَسْقُطَ عَلَى ثَوْبٍ فَيَتَعَيَّنُ، وَاسْتَشْكَلَهُمَا الْمَازَرِيُّ...

سبق اللخمي المازري إلى هذا الإشكال، ووجهه ظاهر؛ لأنه إذا جعل سقوط الحصاة أو رميها دليلاً على البيع، فإذا حصل بذلك فلا غرر لأنه رضى.

وكلام المازري الذي أشار إليه المصنف هو في «المعلم»^(١)؛ لأنه قال فيه: قيل في هذا الحديث تأويلات منها: أن يكون المراد أنه يبيع من أرضه قدر ما انتهت إليه رمية الحصاة، ولا شك أن هذا مجهول لاختلاف الرمي.

وقيل معناه: أي ثوب وقعت عليه حصاتي فهو مبيع، هذا أيضاً مجهول كالأول.

وقيل معناه: ارم بالحصاة فما خرج فلك بعده دنائير أو دراهم، وهذا أيضاً مجهول.

وهذه تأويلات تتقارب، وكلها يصح معه المنع.

وقيل تأويل رابع، وخامس؛ فقول: معناه: أنه إذا أعجبه الثوب ترك عليه حصاة، وهذا إذا كان بمعنى الخيار، وجعل رمي الحصاة علماً على الاختيار لم يجب أن يمتنع إلا أن تكون عاداتهم في الجاهلية أن يضيفوا إلى ذلك أموراً تفسد البيع، ويكون ذلك عندهم معروفاً ببيع الحصاة، مثل أن يكون متى ترك الحصاة ولو بعد عام وجب له البيع فإنه فاسد. وقيل: إن كان الرجل يسوم الثوب ويده حصاة، فيقول: إذا سقطت من يدي فيجب البيع، وهو أيضاً كالذي قبله. انتهى.

ومنه: بَيْعَتَانِ فِي بَيْعَةٍ وَمَحْمَلُهُ عِنْدَ مَالِكٍ: عَلَى سَلْعَةٍ بِثَمَنَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، أَوْ سَلْعَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ عَلَى اللَّزُومِ لِهَمَّا أَوْ لِأَحَدِهِمَا وَإِلَّا جَازَ...

روى الترمذي من حديث أبي هريرة وصححه قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في

بيعة.

ومحملة عند مالك على صورتين:

الأولى: أن يبيع الرجل سلعته بثمانين مختلفين، وسواء اختلفا في الجنس، أو القدر، أو الصفة على وجه يتردد نظر العاقل فيه، كما لو قال: بعشرة نقدًا، أو بعشرين إلى أجل، ولو عكس جاز؛ لأن كل عاقل لا يختار إلا الأقل في المقدار والأبعد في الأجل.

وكلام المصنف لا يؤخذ منه هذا، وكأن المصنف أسقطه لنذوره.

والصورة الثانية: أن يبيع منه سلعتين مختلفتين بثمان واحد.

ونقل ابن عبد السلام عن ابن حبيب الجواز في الصورة الأولى.

أعني: إذا كان الثمن عينًا من صفة واحدة واختلف الأجل.

وقوله: (عَلَى اللُّزُومِ) أي: وشرط منع النوعين معًا أن يكون المبيع لازمًا للمتبايعين أو لأحدهما، وإن لم يكن على اللزوم لهما أو لأحدهما جاز.

ووجه الفساد مع اللزوم: الغرر، إذ لا يدري البائع بما باع ولا المشتري بما اشترى، ولأنه يلزم منه فسخ الدين في الدين، وقد يختار الأقل ثم يفسخه في الأكثر، وإن كان بذهب وفضة لزم منه أيضًا الصرف المستأخر.

وأجمل المصنف في اختلاف السلعتين، وذكر بعضهم في المسألة أربعة أقوال:

أولها «للمدونة»: أن ذلك ممتنع فيما عدا الجودة والرداءة من صنفية، أو صفة، أو رقوم.

وأما إن اختلفا بالجودة والرداءة فقط فيجوز، وإن اختلفت القيمة وليس من بيعتين في بيعة.

ثانيها لابن المواز: إن اختلفا في الصنفية أو الصفة اختلافًا متباينًا يبيع سلم أحدهما في الآخر فلا يجوز.

وإن اختلفا في الصفة ولم يتباينا متباينًا يجوز سلم أحدهما في الآخر جاز.

وثالثها لأشهب وعبد الملك: يجوز وإن اختلفا بالصنفية أو الصفة اختلافًا يبيع سلم أحدهما في الآخر.

ورابعها لابن حبيب: لا يجوز إلا أن يكون صنفًا واحدًا أو صفة واحدة وقيمتها واحدة، ولو اختلفا بالجودة والرداءة وبالقيمة لم يجز.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب؛ لأن الإلزام مع اختلاف القيمة موجب للجهالة، وأشد

منه إذا اختلفت صفاتها، ولو قيل: لا يجوز وإن تساوت قيمتها لكان له وجه.

وقوله: (وإِلَّا جَازَ) أي: وإن لم يختلف الثمنان ولا المثلونان أو اختلفا وكان المتبايعان معاً بالخيار جاز.

فَلَوْ قَالَ: خُذْ بَأَيِّهِمَا شِئْتَ، فَرَوَيْتَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ التَّزَامُ أَوْ لَا

يعني: لو قال البائع للمشتري: خذ هذا الثوب أو هذه الشاة بدينار، ولم يزد على ذلك. فعن مالك - رحمه الله - روايتان سببهما ما ذكره المصنف، والبطلان رواية لابن القاسم، وابن وهب.

ابن المواز: وهي أصح، والصحة رواية لأشهب.

وَلَوْ اشْتَرَى عَلَى اللُّزُومِ ثَوْبًا يَخْتَارُهُ مِنْ ثَوْبَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ جَازَ، وَكَذَلِكَ الْعَبِيدُ، وَالْبَقَرُ، وَالْغَنَمُ، وَالشَّجَرُ غَيْرُ الْمُشْمِرِ مَا لَمْ يَكُنْ طَعَامًا...

قوله: (يَخْتَارُهُ مِنْ ثَوْبَيْنِ) ظاهره: ولو كانا مختلفي الثمن، وهو مذهب «المدونة» كما تقدم.

وهذه المسألة مقيدة بما إذا كان الخيار للمشتري، وأما إن كان للبائع لم يجز كما بينه في النكاح من «المدونة»^(١) فيمن نكح امرأة على أحد عبديه.

وذكره المصنف في باب الصداق، فقال: ويجوز على عبد تختاره لا يختاره هو كالبيع، وقوله: (مَا لَمْ يَكُنْ) يعني: المشتري طعاماً، وسيأتي.

وإن اختلفت الأجناس لم يجز كحريير وصوف، أو بقير وغنم هذا ظاهر، وهو حقيقة بيعتين في بيعة.

وَلَوْ اشْتَرَى نَخْلَةً مُثْمَرَةً، أَوْ ثَمَرَةً نَخْلَةٍ مِنْ نَخْلَاتٍ لَمْ يَجْزِ

لما ذكر أولاً قوله: (مَا لَمْ يَكُنْ طَعَامًا) تكلم على ذلك، يعني: ولو فرضنا المسألة السابقة في طعام لم يجز، سواء كان مع عرض، وهو قوله: (نَخْلَةً مُثْمَرَةً) أو لا عرض معه، وهو قوله: (ثَمَرَةً نَخْلَةٍ) وسواء كان الطعام متفقاً كما مثل به، أو مختلفاً كثمره وقمح، صرح بذلك في «المدونة»^(٢).

(١) «المدونة» (٢/ ١٤٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٣٤).

وعلى بعليتين: التفاضل في بيع الطعام من صنف واحد، وبيعه قبل قبضه إن كان على الكيل؛ لاحتمال أن يدع واحدة بعد اختيارها ويأخذ أخرى.

واختلف إذا تساوى الطعام هل يجوز ذلك فيه أم لا؟ فقال فضل: يجوز، وفي كتاب أبي الفرج «والواضحة»: المنع من ذلك.

ابن حبيب: ويدخله بيع الطعام قبل استيفائه.

وضعفوا هذا التعليل، وقالوا: بل يدخله طعام بطعام على خيار وليس يدخله بيعه قبل قبضه؛ لأنه لو أسلم في محمولة جاز أن يأخذ سمراء مثل الكيل بعد الأجل وهو بدل. واختار اللخمي في ذلك الجواز، ويحال المشتري في ذلك على دينه، ويؤمر إذا اختار شيئاً ألا يتنقل عنه.

وروى ابن حبيب عن مالك فيمن قال: أبيع منك من هذه الصبرة عشرة أصع وإن شئت من هذه الصبرة التي هي من جنسها بدينار وعقداً على ذلك: لم يجز.

ابن الكاتب: ومعنى ذلك: إذا تأخر الاختيار عن وقت العقد.

وقال ابن محرز: إذا اشترى عشرة أفقزة يختارها من صبرتين من جنس واحد، توقف فيها الشيخ أبو الحسن، وأجازها من لقينا من الشيوخ.

فضل: وظاهر «المدونة» الجواز؛ وفيه مغمز؛ لأن الطعام بالطعام لا يجوز فيه خيار ساعة.

ابن عبد السلام: لا أدري من أين أخذها من «المدونة»، وفي أواخر كتاب الخيار من «المدونة» خلافه فانظره.

بِخَلَّافِ الْبَائِعِ يَسْتَشْنِي أَرْبَعَ نَخْلَاتٍ أَوْ خَمْسًا مِنْ حَائِطِهِ إِنْ كَانَتْ يَسِيرَةً يَخْتَارُهَا، فَإِنْ مَالِكًا أَجَازَهُ بَعْدَ أَنْ وَقَفَ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً، وَكَرِهَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ...

أي: البائع يخالف المشتري في المسألة المتقدمة إذا كان الخيار له، فأجازه مالك إذا كان ما استثنى يسيراً.

ولم يكتف المصنف بالأربع عن التقييد باليسير؛ لأن الحائط قد تكون نخلاته كلها يسيرة.

ومراده بـ(اليسير) قدر الثلث فأدنى، كما تقدم.

ونسب لابن القاسم الكراهة، والذي في الرواية، وقال ابن القاسم: لا يعجبني ذلك، فإن وقع أمضيته لقول مالك فيه.

قال: وما رأيت من أعجبه ولا أحب لأحد أن يدخل فيه.

وقد أضاف الباجي إليه المنع.

ونقل عنه ابن محرز أنه قال: لا خير فيه.

ابن عبد السلام: والمنع أقرب إلى لفظه.

أبو الحسن: ولو كان مراده الكراهة على بابها، لمضى على قوله ولم يحتج إلى التعليل بمراعاة قول مالك، وعلى هذا فنسبة الكراهة إليه ليست بجيدة.

واختلف في الجواب عن توقف الإمام، فقال عبد الحق^(١): لأن البائع يعلم من حائطه جيده من رديئه فلا يتوهم فيه أن يختار هذه ثم ينتقل، بخلاف المشتري.

وقيل: لأن مالكاً يرى أن المستثنى عنده مبقى غير مشتري، ولو قال: إنه مبيع لمنع.

ومنه: **بَيْعُ عَسِيبِ الْفَحْلِ، وَحُمِلَ عَلَى اسْتِجَارِ الْفَحْلِ عَلَى عُقُوقِ الْأُنْثَى، وَلَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ، فَأَمَّا عَلَى أَكْوَامٍ أَوْ زَمَانٍ فَيَجُوزُ...**

روى البخاري^(٢) عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن عسيب الفحل، ويقال: عسب وعسيب بالياء ودونها.

عياض في «المشارك»^(٣): وعسب الفحل المنهي عنه هو كراء ضرابه، والعسيب هو نفسه الضراب، قاله أبو عبيدة.

وقال غيره: لا يكون العسيب إلا الضراب، والمراد: الكراء عليه، لكنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه، وقيل: العسيب ماؤه.

وفي «الجوهرى»^(٤): العسيب الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل.

ونهى عن عسب الفحل، تقول: عسب فحله يعسبه؛ أي: أكراه، وعسب الفحل

(١) «النكت والفروق» (٢/ ٤٤).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٦٤) من حديث ابن عمر - رضي الله عنه.

(٣) «مشارك الأنوار» (٢/ ١٠١).

(٤) «الصحاح» (١/ ٤٦٨).

أيضاً: ضرابه، ويقال: ماؤه.

وحمل أهل المذهب ذلك على الإجارة المجهولة، وهو أن يستأجره حتى تحمل الأنثى، وهذا هو مراده بعقوق الأنثى، وهذا القدر مجهول؛ لأنه قد لا تحمل فيغبن صاحب الأنثى، أما إذا كانت الإجارة مضبوطة بأكوام أو زمان فهي جائزة.

عياض: والأكوام جمع كوم بفتح الكاف، وهو الضراب والنزو، ويقال: كامها يكومها إذا فعل بها ذلك.

فَلَوْ سَمِيًّا أَكْوَامًا فَعَقَّتْ فِي الْأُولَى انْفَسَخَا

أي: انفسخت الإجارة في بقية المرات، وستأتي نظائرها في باب الإجارة إن شاء الله. وصواب قوله: (عَقَّتْ): أعقت.

الجوهري^(١): وأعقت الفرس؛ أي: حملت فهي عقوق، ولا يقال: معق إلا في لغة رديئة، والجمع: عقق كرسول ورسل.

ومنه: بَيْعٌ وَشَرْطٌ، وَحُمِلَ عَلَى شَرْطٍ يُنَاقِضُ مَقْصُودَ الْعَقْدِ، مِثْلَ لَا يَبِيعُ وَلَا يَهَبُ غَيْرَ تَنْجِيزِ الْعَتَقِ لِلْسَّنَةِ...

ذكر عبد الحق في «أحكامه»^(٢) عن عبد الوارث بن سعيد، قال: حدثنا أبو حنيفة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط.

وحمله أهل المذهب على الشرط الذي لا يتم معه المقصود من البيع، ومثل ما يناقضه بأن لا يبيع ولا يهب، ثم استثنى من ذلك تنجيز العتق، فإنه وإن كان يناقض مقتضى العقد فهو جائز.

وأشار بالسنة إلى حديث بريرة، واحترز بالتنجيز من تدبيره أو عتقه إلى أجل أو نحو ذلك، فإنه فاسد.

فرعاً مرتباً:

الأول: إذا أجزنا البيع بشرط العتق فهل يجبر عليه وهو قول أشهب، وابن كنانة، أو لا وهو قول ابن القاسم.

(٢) «الأحكام الوسطى» (٣/ ٢٧٧).

(١) «الصحاح» (١/ ٤٨٦).

ثم اختلف الأُشياخ في محل الخلاف؛ فقيل: إن المشترط عليه إن عقد الشراء على أنه بالخيار في إبقائه لم يجبر، وإن قصد أنه حر بنفس التزام الشراء ألزم ذلك، وكذلك إن التزم ذلك، ويجبر عليه إن امتنع وإلا أعتقه عليه الحاكم.

وإنما الخلاف فيما إذا وقع الشراء على الإطلاق، وإليه ذهب للرخمي.

وقيل: الخلاف فيما إذا اشترط العتق على جهة الإيجاب.

الثاني: إذا قلنا بفساد البيع لأجل اشتراط التدبير ونحوه، وقلنا بفسخه، فلو أسقط البائع شرطه، فقال ابن القاسم: يمضي، وقال أشهب: لا يمضي.

أَوْ يَعُودُ بِخَلَلٍ فِي الثَّمَنِ، كَشَرَطِ السَّلَفِ مِنْ أَحَدِهِمَا

هذا قسم قوله: (على شرط يناقض مقتضى العقد) أي: المنهي عنه قسمان:

قسم: يناقض مقتضى العقد.

وقسم: يعود بجهالة في الثمن؛ لأنه لما وقع البيع على السلف صار من جملة الثمن والانتفاع به مجهول.

والذي علل به الكثير من علمائنا المنع بأنه يؤول إلى سلف جر منفعة.

وعلى هذا فيدعي أن الحكم معلل بعلتين، وما علل به المصنف هو في ابن شاس^(١)، وعلل به صاحب «الاستذكار»^(٢).

فَلَوْ أَسْقَطَ، فَقَوْلَانِ

أي: لو أسقط مشترط السلف شرطه، فالمشهور صحة البيع إذا تبين أنه لا مقابل له. والشاذ لابن عبد الحكم: لا يصح؛ لأنهما دخلا على الفساد ابتداء.

ورواه المدنيون عن مالك، وعلى المشهور من تخيير المتسلف في إسقاط شرطه ويصح البيع، فهل يشترط في التخيير ألا يكون قبض السلف وغاب عليه؟

وأما إن غاب عليه فلا يخير ويرد السلعة وينقض البيع؛ إذ ثم الربا بينهما للذي اشترط ذلك، ذهب إلى ذلك سحنون وابن حبيب، قالوا: وإن فاتت بيدي المشتري ففيها القيمة ما بلغت.

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٤٣٣).

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٢٢).

وذكر أصبغ عن ابن القاسم أن الغيبة على السلف لا تمنع تخيير المشتري، فإِده إن كانت السلعة قائمة، وإن فاتت فعلى المشتري الأكثر من الثمن أو القيمة. واختلف على ما تحمل عليه «المدونة» من القولين، والأكثر حملها على قول ابن القاسم.

وصرح ابن عبد السلام بمشهوريته.

وذكر ابن راشد قول سحنون ثالثاً.

وظاهر إطلاقهم وإطلاق المصنف: أنه لا فرق بين أن يكون الإسقاط قبل فوات السلعة أو بعد فواتها، لكن ذكر المازري أن ظاهر المذهب أنه لا يؤثر إسقاطه بعد فواتها في يد مشتريها؛ لأن القيمة حينئذ قد وجبت عليه فلا يؤثر الإسقاط بعده. وذكر المازري أن بعض الأشياء خرج قولاً بالصحة مع إسقاط الشرط ولو مع الفوات، واعترضه، وتركته خوف الإطالة.

ومفهوم قوله: (أَسْقَطَ) أنه إن لم يسقط لم يختلف في فساد، وهو كذلك.

فإن كانت السلعة قائمة ردت، وإن فاتت فثلاثة أقوال: روى يحيى عن ابن القاسم أن عليه القيمة ما بلغت، كان السلف من البائع أو من المبتاع، ويرد السلف.

الثاني مذهب «المدونة» - نص عليه في كتاب الآجال -: إن كان السلف من البائع فله الأقل من الثمن أو القيمة يوم القبض ويرد السلف وإن كان الثمن مائة والسلف خمسين وكان السلف من المشتري فعليه الأكثر، فإن كانت القيمة أكثر من مائة وخمسين أخذها البائع وإن كانت أقل من مائة وخمسين لم ينقص المشتري من ذلك؛ لأنه رضي بمائة ثمناً ومعها خمسون يدفعها سلفاً، فإذا قبضنا منه المائة وأسقطنا عنه الخمسين فقد أحسنا إليه، وإن كان السلف من البائع فله الأقل منهما، فإن كانت القيمة خمسين أو ستين أخذها، وإن كانت أكثر من مائة لم يزد عليها.

الثالث لأصبغ: قال كذلك إلا أنه رأى أن القيمة إذا زادت على المائة التي هي الثمن والخمسين السلف لا يقضى للبائع بأكثر منها؛ لأنه يقال له: أنت رضيت بالمائة تملكها وتتبعه بالخمسين، فإذا ملكناك السلف فقد أحسنا إليك.

لكن اختلف هل هو وفاق لما في «الكتاب» أو خلاف، والظاهر: هو الأول.

عياض: وظاهر الكتاب خلاف أصبغ.

وأورد على المشهور لو باع سلعة وخمرًا بثمان فإن البيع لا يصح ولو أسقط الخمر. وفرق القاضي إسماعيل: بأن مشروط السلف يخير في أخذه وتركه، وإنما تكون كالسلف لو قال: أبيعك على أني إن شئت أن تزيد في زق خمر زدتنني وإن شئت تركته، فلو تركه جاز البيع.

ورده صاحب «الاستذكار»^(١): بأن مشروط الخمر لو شاء تركه كمشروط السلف سواء فلا فرق.

وأجاب ابن زرقون: بأن مشروط السلف إذا تركه لم يجبر على أخذه، بخلاف مشروط الخمر؛ لأنه مشتري له، ومن اشترى شيئًا أجبر على قبضه.

وفرق أيضًا: بأن البيع والسلف أصلان لو انفرد كل واحد منهما لجاز، والخمر لو انفرد وحدها لم يجز، وبأن الفساد في مسألة الخمر فساد راجع إلى ماهية المبيع؛ لفساد المعقود عليه، بخلاف البيع والسلف، فإن الفساد خارج عن الماهية.

فَلَوْ بَاعَهُ الْمَدِينُ سَلْعَةً عَلَى أَلَا يُقَاصُّهُ، فَفِي مَنَعِهِ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ، وَأَشْهَبُ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ شَرَطُ لِلتَّأْخِيرِ أَوْ لَا...

يعني: لو كان لرجل دين حال على آخر فباع المدين سلعة لرب الدين بثمان من جنس الدين وشرط في عقدة البيع ألا يقاصه، فقال ابن القاسم: يمنع؛ لأن العرف في مثله يقتضي أن ذلك قرينة في تأخيره، ومن آخر ما عجل عد مسلفًا.

قال شيخنا: ولو علل أيضًا بأنه يسامحه فيكون هدية مديان لكان له وجه.

وروى أشهب أنه ليس في التزام عدم المقاصة ما يقتضي تأخيره، ولو شرط التأخير فسد اتفاقًا.

فَأَمَّا الرِّهْنُ وَالْكَفِيلُ وَالْأَجَلُ فَلَا

أي: وأما البيع باشتراط هذه الأربعة فليس من المنهي عنه.

ومنه: بيع العربان، وهو أن يُعْطِيَ شَيْئًا عَلَى أَنَّهُ إِنْ كَرِهَ الْبَيْعَ أَوْ الْإِجَارَةَ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ...

(١) «الاستذكار» (٦/ ٤٣٤).

روى مالك، وأبو داود: أنه - ﷺ - نهى عن بيع العربان، وكلامه ظاهر التصور.
والعربان: العربون، وفيه ست لغات: عربون وعربون وعربان، وبالهزمة موضع العين في الثلاثة.

فرع:

فلو وقع البيع والكراء على ذلك، فقال عيسى بن دينار: يفسخ، فإن فاتت مضت بالقيمة.

ومنه: بَيْعُ الْكَلْبِ، وَفِي الْمَأْذُونِ الْكَرَاهَةُ وَالتَّحْرِيمُ، وَأَمَّا مَنْ قَتَلَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، وَأَمَّا غَيْرُ الْمَأْذُونِ فَلَا شَيْءٌ عَلَى قَاتِلِهِ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يُقْتَلُ.

قد تقدم هذا في أول البيوع.

ومنه تَفْرِيقُ الْأُمِّ مِنْ وَلَدِهَا، قَالَ مَالِكٌ: مَا لَمْ يَسْتَعِنْ عَنْ أُمِّهِ، فَقِيلَ: الْإِثْعَارُ، وَقِيلَ: سَبْعُ سِنِينَ، وَقِيلَ: الْبُلُوغُ...

لقوله عليه الصلاة والسلام: «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبابه يوم القيامة»^(١). حسنه الترمذي.

وما ذكره المصنف عن مالك من تفسير النهي بحالة عدم الاستغناء هو لمالك في «المدونة»^(٢)، وفسر فيها الاستغناء بأن يستغني في أكله وشرابه ومنامه وقيامه.

واختلف هل النهي لحق الولد - وعليه ما في «الموازية» - إذا رضيت الأم بالفرقة فليس ذلك لها؟ أو هو حق الأم - وعليه ما في «المختصر» - إذا رضيت الأم بالفرقة فلا بأس؟

واختار اللخمي، وابن يونس وغيرهما الأول.

وقوله: (فَقِيلَ: الْإِثْعَارُ) هو كالتفسير للاستغناء.

وظاهر كلامه: أن هذه الأقوال لأهل المذهب في تفسير الاستغناء الذي نص عليه مالك، وهو جيد لو لم يكن مالك نص على بعض هذه الأقوال.

(١) أخرجه الترمذي (١٥٦٦) وأحمد (٢٣٥٤٦) والحاكم (٢٣٣٤) والبيهقي في «الكبرى» (١٨٠٨٩) من حديث أبي أيوب رضي الله عنه، قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وحسنه الألباني رحمه الله.

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٠١).

وقد نص على الأول في «المدونة»^(١)، فقال: وحد ذلك الإثغار ما لم يعجل به جوارى كنَّ أو غلماتًا.

والقول بسبع سنين لابن حبيب، والقول بالبلوغ رواه ابن غانم، وقال ابن وهب: حد ذلك عشر سنين.

المازري: وقال محمد بن عبد الحكم: لا يفرق بينهما ما عاشا، ولأجل المنع من التفرقة قالوا: إذا اشتراهما شخص ثم اطلع على عيب بأحدهما فليس له إلا رد الجميع.

فَإِنْ فُرِّقَا، فَقِيلَ: يُفْسَخُ مُطْلَقًا وَيُعَاقَبَانِ، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَجْمَعَا هُمَا، وَقِيلَ: يُبَاعَانِ

يعني: فإن فرقا إما ببيع، أو إجارة، أو نكاح، أو نحو ذلك، والقول بفسخه - يعني مطلقًا سواء جمعاها أو لا - ذكره ابن حبيب عن مالك وأصحابه.

والقول بفسخه إن لم يجمعاها - أي في ملك - هو مذهب «المدونة».

وكان ينبغي تقديمه لأنه المشهور، وقد صرح المازري بمشهوريته، والثالث لابن المواز، قال: وأما الفسخ فلا.

ومنشأ الخلاف: هل منع التفرقة حق لله تعالى فيكون العقد على أحدهما فاسدًا فلا بد من فسخه كالخمر، أو حق لأدمي فيكفي اجتماعهما؟ ثم هل في الحوز أو في الملك؟

فَإِنْ فُرِّقَا بِغَيْرِ عَوْضٍ، فَقِيلَ: يُبَاعَانِ إِنْ لَمْ يَجْمَعَا هُمَا فِي مِلْكٍ وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَجْمَعَا هُمَا فِي حَوْزٍ...

كما لو وهب الأم دون ولدها أو العكس، أو وهب كلاً منهما لشخص، لم يختلف أنه لا بد من الجمع.

واختلف قول مالك هل لا يكتفي إلا بالاجتماع في الملك كما لو فرقا بعوض، أو يكتفي بالاجتماع في الحوز؟ لأن السيد لما ابتداء فعله بالمعروف من الصدقة والهبة، والغالب أنه لم يقصد الضرر فكان كالعتق.

وهذا الثاني هو ظاهر «المدونة» عند ابن أبي زيد.

وقال ابن المواز: أحب إلينا الاجتماع في الملك وإلى من لقينا، ولو جاز هذا لجاز في

الوارثين.

وقد قال مالك: لا يقتسمان وإن شرط ألا يفترقا في الحياة.

وحكي عن ابن حبيب ثالث: وهو جواز الجمع في الحوز إذا كان الشمل واحداً، مثل أن تتصدق المرأة على زوجها أو هو عليها، والأب على ابنه والابن على أبيه، لا إن لم يكن الشمل واحداً، وتصح الهبة والصدقة ويؤمر بالمقاواة أو بيعهما من واحد ويأخذ كل واحد ما ينوبه من الثمن.

تنبيه:

منع التفرقة خاص عندنا بالأم، وتجوز التفرقة في الأب والجد للأب أو للأم، قاله في «المدونة»^(١) وغيرها.

واختار اللخمي منع التفرقة في الأب.

فإن قلت: يلزم هنا وفيما إذا فرقا بعوض وامتنعا من جمعهما في ملك جمع الرجلين سلعتهما في البيع كما أشار إليه بعضهم.

قيل: يمكن أن يدفع ذلك بأن يقوم كل من الولد والأم قبل البيع ثم يفرض الثمن عليهما فلا تقع جهالة، أو أجز ذلك هنا للضرورة الداعية إلى ذلك بخلاف الاختيار. وأجاب بالأول غير واحد، وبالثاني أيضاً عياض.

ومنه: أن يبيع على أخيه، ومحمّله إذا ركن البائع، وفي فسخه قولان كالنكاح في الصحيح: قال ﷺ: «لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له»^(٢).

وعلى ظاهره من أن النهي للبائع أن يبيع على بيع أخيه إذا ركن المشتري إليه، حمله الباجي وعياض.

وقال ابن حبيب: إنما النهي للمشتري دون البائع وعدم الفسخ لمالك في «الواضحة»، ابن القاسم: ويستغفر الله ويعرضها على الأول بالثمن، زاد ابن القاسم: ويؤدب.

الباجي^(٣): ولعله يريد من تكرار ذلك منه، ونقل بعضهم عن مالك: أنه يفسخ ما لم

(١) «المدونة» (٣/ ٣٠١).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٣٣) ومسلم (١٥١٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) «المنتقى» (٦/ ٥٢٣).

يفت .

وإذا قلنا: يعرضها على الأول، فإن كان الثاني أنفق نفقة زادت بسببها أعطاه النفقة مع الثمن، وإن نقصت فإن شاء أخذ المبيع ولا شيء عليه وإن شاء تركه، قاله مالك .

ابن عبد السلام: والمنصوص في المذهب أن البائع إذا ركن ليهودي فلا يزداد عليه .

ومنه: **بَيْعُ النَّجْشِ، وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ لِيُغَرَّ**

في الصحيح: قال رسول الله ﷺ: «لا تلقوا الركبان للبيع، ولا يبيع بعضكم على بعض، ولا تناجشوا، ولا يبيع حاضر لباد، ولا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضىها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»^(١).

قوله: (وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ لِيُغَرَّ) هو معنى تفسير مالك له في «الموطأ»^(٢)، ولا يخلو إما أن يجعل بائعها من يزيد فيها، أو يفعل ذلك أحد من قبل نفسه ليفتدي به ويزيد عليه من يرغب فيها وليس مراده هو الشراء، فهذا إذا وقع وجب به الرد كما سيأتي .
والنجش في اللغة: هو الإثارة والتحريك؛ لأنه يثير الصدق ويحركه، والناجش للبيع يثير للفساد .

فَإِنْ وَقَعَ بَدَسُهُ أَوْ بَعْلَمُهُ، وَقِيلَ: أَوْ بِسَبِيهِ كَابِنُهُ وَعَبْدُهُ وَنَحْوَهُمَا، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ: لَهُ أَنْ يَرُدَّ، فَإِنْ فَاتَتْ فَالْقِيَمَةُ مَا لَمْ تَزِدْ، وَقَالَ مَالِكٌ: يُفْسَخُ كَالنِّكَاحِ فِي الْعِدَّةِ...

ضمير (دسه) وما بعده للبائع؛ يعني: أنه اتفق على وقوع النجش إن دس البائع من زاد في السلعة، أو زاد فيها أحد لا يريد شراءها وعلم البائع ولم ينكر .

وقوله: (وَقِيلَ...) إلى آخره، هو قول ابن حبيب، لكنه لم يسقه على أنه خلاف بل على أنه المذهب .

وقد اعترضه بعض من تكلم على هذا الموضع بذلك، ثم ذكر المصنف في الحكم بعد الوقوع قولين:

(١) تقدم .

(٢) «الموطأ» (٢) / ٦٨٤ .

المشهور: أن البيع لا يفسخ، وكذلك صرح المازري بمشهوريته.

والمبتاع بالخيار بين أن يتماسك بالمبيع على ثمنه في النجش أو يرد هذا في قيام السلعة، وأما في فواتها فعليه القيمة وكأنه أتلّفها ما لم تزد على الثمن الذي رضي به البائع وهو ثمن النجش، وينبغي أن يتم هذا القول وما لم تنقص عن الثمن الذي كان قبل النجش.

ونسب المصنف هذا القول لابن القاسم، ونسبه غيره لمالك.

والشاذ: ذكره القزويني عن مالك، ووجهه: القياس على النكاح كما أشار إليه المصنف، وكون الأصلي في النهي أن يدل على فساد المنهي عنه.

خليل: وهذا التعليل الثاني أظهر، وأما القياس فالوصف الجامع غير ظاهر.

واختار ابن العربي^(١) أن النجش إذا بلغ السلعة القيمة فهو مأجور، وفيه بعد؛ لأنه إن لم يرد الشراء فهو إتلاف لمال المشتري، وإن كان مع إرادة الشراء فليس بنجش.

ونص ابن العربي على منعه من الزيادة على القيمة.

أشهب عن مالك: وإن أراد بيع سلعة وقال: أعطيت بها كذا وهو صادق، فلا بأس به إذا كان أعطى عن سوم، وأما النجش فلا، أو يكون عطاء قديماً فيكتم قدمه والمبتاع يظن أنه حديث.

فرعاً:

الأول، لمالك في «الموازية»: فيمن قال لرجل ما أعطيت في سلعتك فلك زيادة دينار، فقال: أعطاني فلان مائة فزاده وأخذها، ثم قال فلان: لم أعطه إلا تسعين.

قال مالك: يلزمه البيع ولو شاء لتثبت، إلا أن تكون بينة حضرت عطاء فلان دون ذلك فيرد البيع إن شاء ذلك.

مالك في «العتبية»^(٢): ولا يمين عليه.

ابن رشد: وإذا قامت البينة وفاتت السلعة بما يفوت به البيع الفاسد، ففيها القيمة ما لم تزد على ما تبايعا عليه أو تنقص عما شهدت عليه البينة.

الثاني: عكس الزيادة في النجش سؤال المشتري لبعض أهل السوق الكف عن الزيادة

(٢) «البيان والتحصيل» (٨ / ٣٨٥).

(١) «عارضه الأحوذفي» (٥ / ٢٦٨).

ليشتري بدون القيمة، فإن سأل أهل السوق أو الكثير منهم لم يجز، وإن سأل الواحد، ففي «الموازية» عن مالك: لا بأس أن يقول المشتري لرجل حاضر كف عني ولا تزدد علي، فأما الأمر العام فلا، وكره أن يقول: كف عني ولك نصفها ويدخله الدلسة، ولا ينبغي أن تجتمع الباعة فيقولوا: لا تزيدوا على كذا.

ونقل في «البيان»^(١) عن ابن دحون، ووافقه عليه أنه لو قال: كف عني ولك دينار، جاز ولزمه اشترى أو لم يشتر.

قال: وإنما لم يجز قوله: ولك نصفها في الرواية إذا كان على طريق العطية، فكأنه أعطاه على أن يكف عنه ما لا يملك.

ولمالك في «العتبية»^(٢) و«الواضحة»: في عشرين ثلاثة، قال أحدهم لآخر: إذا تقاومناه فلا تزدد ليقنتدي بك صاحبنا والعبد بيني وبينك، ففعل وثبت ذلك ببينة أو إقرار أن البيع مردود.

قال ابن حبيب: ولم يأخذ به أصبغ ولم يره من النجش وبه أقول؛ لأن صاحبه لم يرد أن يقتدي بزيادته إنما أمسك عن الزيادة رأساً ليرخصه على نفسه وعلى صاحبه فلا بأس بذلك.

ابن عبد السلام: الذي يظهر ببادئ الرأي قول أصبغ، لكن هؤلاء الثلاثة لما جلسوا للمقاواة صاروا كجميع أهل السوق، وقد قدم عدم الجواز في أهل السوق.

ومنه: بَيْعُ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي، وَفِي «المَوْطَأُ»: مَحْمَلُهُ عَلَى أَهْلِ الْعُمُودِ لِجَهْلِهِم بِالْأَسْعَارِ، وَقِيلَ: بَعْمُومِهِ؛ لِقَوْلِهِ: وَلَا يَبِيعُ مَدَنِيٌّ لِمَصْرِيٍّ وَلَا مَصْرِيٌّ لِمَدَنِيٍّ...

قد تقدم النهي، وما نسب «للموطأ» تبع فيه ابن شاس^(٣)، وليس في «الموطأ» ما ذكره، ولعلهما اعتمدا في ذلك على ذكره الحديث وسكوته ففهما منه أنه أبقى الحديث على ظاهره، والبادي ظاهر في أهل العمود.

وذكر صاحب «البيان»^(٤) في كتاب السلطان، في أهل القرى ثلاثة أقوال:

(١) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٩٣).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٨٦).

(٣) «البيان والتحصيل» (٩/ ٣١٠).

(٤) «البيان والتحصيل» (٩/ ٣١٠).

أحدها: أن النهي إنما يتناول أهل العمود خاصة دون أهل القرى المسكونة التي لا يفارقها أهلها، وهي رواية أبي موسى قرّة بن طارق عن مالك.

الثاني: أنه يتناول أهل العمود والقرى دون أهل المدن.

الثالث: أنه يتناول أهل العمود والقرى وأهل المدن.

ابن عبد السلام: وكل من القولين الأخيرين لمالك في «العتبية» و«الموازية».

(وقيلَ: بعمومه) أي: بعموم النهي لأهل العمود والقرى، وهذا هو القول الثاني الذي حكاه ابن رشد.

وقوله: (لِقَوْلِهِ) أي: لقول مالك في «الموازية»: (وَلَا يَبِيعُ مَدَنِيٌّ لِمِصْرِيٍّ وَلَا مِصْرِيٌّ لِمَدَنِيٍّ).

فَإِنْ وَقَعَ فِيهِ الْفَسْخُ قَوْلَانِ، قَالَ مَالِكٌ: لَا يُشَارُ عَلَى الْبَادِي وَلَا يُخَيَّرُ بِالسَّعْرِ

أي: فإن باع حاضر لبادٍ ففي فسخ البيع قولان، والقولان لابن القاسم، والفسخ مروي عن مالك وبه قال أصبغ، وبعدم الفسخ قال ابن وهب وابن عبد الحكم.

وروى عيسى عن ابن القاسم: يفسخ، فإن فات فلا شيء عليه.

وروى عنه هو وسحنون أنه يؤدب الحاضر البائع للبادي، زاد عيسى عنه: إذا كان معتاداً، وقال ابن وهب: يزجر ولا يؤدب وإن كان عالماً بمكروهه، ولا يشار عليه؛ أي: باليد ولا بالعين.

فرعاً:

الأول: لو وجه البدوي متاعاً مع رسول إلى الحضري لبيعه، فذكر القزويني عن الأبهري جواز بيعه له.

وحكى الباجي^(١) عن مالك وابن القاسم فسخ البيع في هذه الصورة، وهو الأظهر.

المازري: وهو المعروف من المذهب.

الثاني: أجاز مالك في «الموازية» و«العتبية» الشراء لهم، وقال ابن حبيب: الشراء كالبيع، وروي أيضاً عن مالك.

(١) «المنتقى» (٦/ ٥٣١).

ومنه: **الْبَيْعُ بَعْدَ نَدَاءِ الْجُمُعَةِ الْمَوْجِبِ لِلسَّعْيِ عَلَى الْمُتَبَايَعِينَ أَوْ أَحَدِهِمَا، فَإِنْ وَقَعَ فَاَلْمَشْهُورُ الْفَسْخُ، وَثَلَاثُهَا فِي حَقِّ مَنْ اعْتَادَ ذَلِكَ**

النهي هو ما ورد في القرآن بصيغة الأمر بقوله تعالى: ﴿وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩].
وقيد النداء بالموجب للسعي احترازاً من النداء الأول، وسواء كان المتبايعان ممن تجب الجمعة عليهما أو على أحدهما.

والفسخ مذهب «المدونة» والمشهور، وعدم الفسخ لما لك في «المجموعة»، والثالث لعبد الملك.

ورجح الثاني بأن المنع هنا من جهة الزمان وحده والعقدة صحيحة في أركانها وشروطها.

واختلف أيضاً فيمن آخر صلاة حتى لم يبق من وقتها الضروري إلا مقدار ما يوقعها فيه فباع في ذلك الوقت، فقال القاضي إسماعيل: يفسخ بيعه، وهو اختيار الشيخ أبي عمران؛ لوجود العلة في صلاة الجمعة هنا.

وقال ابن سحنون: لا يفسخ.

المازري: ويمكن أن يقال بعدم الفسخ هنا، بخلاف الجمعة فإن الجماعة شرط فيها، فمن المصلحة منع كل ما أدى إلى افتراق جمعهم والإخلال بشرط لا تصح الجمعة إلا به، بخلاف غيرها من الصلوات فإن الجماعة ليست شرطاً فيها.

وألزم القائل بالإبطال أن يبطل بياعات الغاصب؛ لأنها واقعة في زمان كان يجب عليهم فيه التشاغل برد الغصبوبات.

وألحق الغرناطي بالبيع يوم الجمعة البيع وقت الفتنة، يريد في حق طلب منه الخروج. ابن رشد: ويحرم البيع في المكان المنصوب.

فَإِنْ فَاتَتْ فَالْقِيَمَةُ، وَقِيلَ: الثَّمَنُ

القول بالقيمة لابن القاسم وأشهب، والقول بالثمن للمغيرة، وعلمه ابن عبدوس بأن فساده في عقده لا في ثمنه، كالنكاح يفسد من جهة عقده.

وَيُقَوِّمُ وَقْتُ الْبَيْعِ بِتَقْدِيرِ الْحِلِّ، وَقَالَ أَشْهَبُ: بَعْدَ الصَّلَاةِ

هذا فرع على القول بوجوب القيمة، يعني: إذا ألزمنه القيمة، فقال ابن القاسم في

«الواضحة»: تقوم وقت قبضها سائر البياعات الفاسدة، فإنها تقوم مضافة إلى زمان قبضها، وعبارة المصنف عنه بوقت البيع ليست بجيدة؛ لأنها أعم من وقت القبض.

وقال أشهب: الرجوع إلى القيمة إنما هو لتصحيح الفاسد، والفاسد في هذا البيع إنما هو من جهة زمانه، فلو أضفنا إليه القيمة لكان تصحيحاً للفاسد بالفاسد.

وفيه نظر؛ لأن هذا إنما هو من باب التقدير، كما تقوم أم الولد وجلد الأضحية والكلب، وإن قلنا إنه لا يجوز بيعهم.

ابن عبد السلام: وحكى بعض المعاصرين عن أصبغ وجوب القيمة يوم التحاكم، ولعله لم يصح عنه فإنني لم أقف عليه في شيء من كتب الفقه.

ومنه: تَلَقَّى السَّلْعَ، وَرُوِيَ فِي حَدِّهِ ثَلَاثَةُ: الْمِيلُ، وَالْفَرَسَخَانِ، وَالْيَوْمَانِ

قد تقدم النهي، واختلف العلماء هل النهي لحق الجالب وهو مذهب الشافعي، أو لحق أهل السوق وهو مذهب مالك.

واختار ابن العربي^(١) أنه من حقهما.

وظاهر المذهب: أن المنع من ذلك على التحريم.

وقال ابن الجهم: كان النهي عن التلقي في أول الإسلام؛ لثلا ينفرد المتلقي بالرخص دون أهل السوق، وأما الآن فلا يقدم أحد إلا وهو على بصيرة بسعر ما يقدم به، فينبغي أن يكره ولا يحرم، والأقوال الثلاثة التي حكاهما ظاهرة التصور.

وقال الباجي^(٢): يمنع التلقي قرب أو بعد، وهو ظاهر الحديث، وأما الغلات التي يلحق أهل الأصول ضرر بتفريق بيعها كثمار الحوائط التي حول البلد، فاختلف هل يجوز لبعض أهل المدينة أن يخرج ليشتريها ثم يبيع هو لأهل المدينة؟ فروى ابن القاسم عن مالك: لا بأس بذلك، وقال في سماع أشهب: هو من التلقي، رواه عن مالك.

ولو ورد خبر السلعة فاشترها شخص على الصفة، فقال مالك: هو من التلقي، وإن كان الأمر بالعكس فوصلت السلعة ولم يصل بائعها فتلقاه رجل فاشترها منه، فقال الباجي: لم أر فيه نصاً وهو عندي من التلقي.

(١) «عارضه الأحوذى» (٥ / ٢٢٨).

(٢) «المتقى» (٦ / ٥٢٦).

ومن مرت به سلعة ومنزله بقرب المصر المجلوب إليه على نحو ستة أميال فله أن يشتري ما يحتاج إليه لنفسه لا للتجارة، ولو كانت داره بالبلد نفسها فمرت به السلعة فقولان، ولو لم يكن للسلعة سوق فإذا دخل بيوت الحاضرة والأزقة جاز شراؤه، قاله مالك وأصحابه.

وإذا بلغت السلعة سوقها ثم انقلب بها، فلا بأس أن يشتريها من مرت به.

فَإِنْ وَقَعَ، فَثَالِثُهَا: يَمْضِي وَلِطَالِبِهَا الْإِشْتِرَاكُ

أي: فإن وقع شراء التلقي، ففي المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: يمضي ولا يفسخ.

المازري: وهو المشهور، وهو قول مالك وغيره من الأصحاب.

الثاني لمحمد وابن حبيب: يفسخ.

المازري: وعلى عدم فسخه فروى ابن القاسم أنه لا ينتزع من يد المتلقي، وبه قال ابن

القاسم.

وروى ابن وهب أنها تنزع من يده. انتهى.

ورواية ابن وهب هي القول الثالث في كلام المصنف.

ابن القاسم عن مالك: وَيُنْهَى ، فَإِنْ عَادَ أُدِّبَ.

وفي «الإكمال»^(١): المشهور عن مالك وأكثر أصحابه أن تعرض على أهل السوق،

فإن لم يكن سوق فأهل المصر يشترك فيها من شاء منهم.

بُيُوعُ الْأَجَالِ لَقَبٌ لِمَا يُفْسِدُ بَعْضَ صُورِهِ مِنْهَا؛ لِتَطَرُّقِ التَّهْمَةِ، فَإِنَّهُمَا قَصْدًا إِلَى ظَاهِرٍ جَائِزٍ لِيَتَوَصَّلَ بِهِ إِلَى بَاطِلٍ مَمْنُوعٍ حَسَمًا لِلذَّرِيعَةِ...

لما انقضى كلامه على البيوع التي نص الشرع على المنع منها عقبها ببيوع يتوصل بها

إلى الممنوع، منعها أهل المذهب وغيرهم وسميت ببيوع الأجل؛ لأنها لا تنفك عن الأجل.

وقوله: (لَقَبٌ): أي: علم، ولعله عبر باللقب إشارة إلى الذم؛ لأن قوله: (لِمَا

يُفْسِدُ) فيه إشارة إلى ذلك.

ثم هل كلُّ من لفظة البيوع والآجال باقٍ على دلالة، أو سلبت دلالة كل واحد وصار المجموع اسماً لما ذكره فيه احتمال، والثاني أظهر.

و(ما) في: (لَمَّا يُفْسَدُ) يحتمل أن تكون موصولة أو موصوفة، وضمير: (صُورَةُ) عائد على (ما) لا على اللقب كما قال ابن راشد؛ لأن الفاسد بعض الملقب لا بعض اللقب، وقيل: الاسم للمسمى تكلف ويلزم عليه خلو الموصول من عائد.

وضمير: (مِنْهَا) عائد على بيع الآجال، ولا يقال: يلزم الدور لأنه عرف الشيء بنفسه؛ لأن المراد شرح اللفظ لا الحد والرسم.

و(لَتَطْرُقَ) متعلق بـ(يُفْسَدُ)، و(حَسَمًا) مفعول لأجله عامله محذوف؛ أي: فمنعه الشارع لأجل حسم الذريعة.

والذريعة^(١): بالذال المعجمة الوسيلة، وأصله عند العرب: لما تألفه الناقة الشاردة من الحيوان لتتضبط به، فنقلت إلى البيع الجائز للتحويل به على ما لا يجوز فهو من مجاز المشابهة.

وأورد ابن عبد السلام دخول ما ليس من بيع الآجال، كبيع فضة رديئة من شخص يذهب ثم يشتري به منه فضة طيبة دون الأولى وزناً في مجلس أو مجلسين متقارنين، وكإقتضاء طعام من ثمن طعام مخالف له وغير ذلك.

وعلى ما تقدم من أن المراد: شرح اللفظ لا يرد هذا، ولو سلم أن المراد: الرسم، ففي صدر كلامه ما يخرجها؛ لأنه قال: لقب لما يفسد، أي: لقب لصور مخصوصة من البيوع الأجلية يفسد بعضها للتهمة.

وتلك الصور مخصوصة مذكورة في الباب، وليست صورتان وشبههما منها.

وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ بَيْعٍ وَسَلْفٍ وَلَا مَعْنَى سِوَاهُ

أتى بهذا حجة لسد الذرائع؛ يعني: أن كل واحد من البيع والسلف على انفراده جائز بإجماع الأمة، وأجمعت على المنع من اجتماعهما للذريعة، ولا سبب إلا التهمة على الزيادة في السلف.

والأصل: عدم غيره، ولا سيما وقد بحث على غير ذلك فلم يوجد، ولا يقال: لم

لا يجوز أن يكون تعبدًا لأنه خلاف الأصل، ولأن المتعقل أقرب إلى الانقياد فوجب الحمل عليه.

وإذا ثبت هذا فتمنع كل صورة فيها تهمة للإجماع على المنع لأجلها.

وقد يعترض هذا الدليل بأن حكاية الإجماع ليست بجيدة؛ لأنه إما أن يكون ذلك إذا لم يكن السلف بشرط، أو إذا كان فالأول لا يصح؛ لأن الشافعي يجيزه.

والثاني المنع فيه عند الشافعي إنما هو لأجل الشرط لا للتهمة، لكن الظاهر منع هذه البياعات؛ لأن إجازتها تستدعي الوقوع في المحرم البين كما هو مشاهد بالديار المصرية.

فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَكْثُرُ الْقَصْدُ إِلَيْهِ كَبَيْعِ وَسَلَفٍ، أَوْ سَلَفٍ جَرَّ مَنَفْعَةً مِّنْ وَفَاقًا

لما قرر المنع وكانت أسبابه مختلفة بالقوة والضعف أخذ يبين ذلك، والقوي: ما يكثر القصد إليه.

وقوله: (فَإِنْ كَانَ) أي: الباطل الممنوع، ومثل ما يكثر القصد إليه بيع وسلف، وسلف جر نفعًا.

وإنما كان مما يكثر القصد إليه لما فيه من الزيادة، والنفوس مجبولة على حبها فلذلك يتحیل عليها.

مثال البيع والسلف: أن يبيع سلعتين بدينار إلى شهر ثم يشتري واحدة منهما بدينار نقدًا، وقاعدة مالك - رحمه الله - وأصحابه: عدُّ ما خرج من اليد وعاد إليها لغوا، وكأن البائع خرج من يده سلعة ودينار نقدًا يأخذ عنهما عند الأجل دينارين؛ أحدهما عوضٌ عن السلعة، وهو بيع، والثاني عوضٌ عن الدينار المنقود وهو سلف جر منفعة.

ومثال سلف جر منفعة - المسألة التي هي أصل هذا الباب - : أن يبيع ثوبًا بعشرة إلى شهر، ثم يشتريه بثمانية نقدًا، فقد رجع إليه ثوبه وخرج من يده ثمانية يأخذ عنها عشرة.

وقوله: (مُنْعٌ) أي: البيع الموصل إلى هذا الممنوع.

وأشار ابن راشد إلى أنه كان ينبغي أن يكتفي ببيع وسلف؛ لأن ذكر سلف جر منفعة يغني عنه، لأن البيع والسلف إنما منع لأدائه إلى سلف جر منفعة.

وأجيب: بأنه وإن كان مؤديًا إليه إلا أنه تعليل بالمظنة فهو أضبط.

وإن كَانَ مِمَّا يَقِلُّ، كَدَفَعَ الْأَكْثَرَ مِمَّا فِيهِ الضَّمَانُ وَأَخَذَ أَقْلَ مِنْهُ إِلَى أَجَلٍ، فَقَوْلَانِ...

(إِلَى أَجَلٍ) متعلق بـ(دَفَعَ) أي: وإن كان الباطن الممنوع قليل الوقوع لقلّة من يقصد إليه؛ لأنّ الغالب دفع الأقلّ لتحصيل الأكثر لا العكس، كما لو باع ثوبين بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشترى منه عند الأجل أو قبله ثوبًا منهما بالعشرة فأل أمره إلى أنه دفع له ثوبين ليضمن له أحدهما بثوب إلى أجل.

وظاهر المذهب من القولين: الجواز لبعده.

ابن بشير، وابن شاس^(١): والقولان مشهوران، ولا خلاف أن صريح ضمان بجعل ممنوع؛ لأن الشرع جعل الضمان والجاه والقرض لا يفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت.

وإن كَانَ بَعِيدًا جِدًّا، كَأَسْلَفْنِي وَأَسْلَفُكَ، فَالْمَشْهُورُ: جَوَازُهُ

(وَأَسْلَفُكَ) منصوب بعد الواو على معنى الجمع؛ أي: ليجتمع سلف منك وسلف مني، والشاذ لابن الماجشون، ومثاله: لو باعه ثوبًا بدينار إلى شهر ثم اشتراه بدينار نقدًا وبدينار إلى شهرين، والسلعة قد رجعت إلى صاحبها ودفع الآن دينارًا يأخذ بعد شهر دينارين إلى شهرين أحدهما عوض عما كان أعطاه، والثاني كأنه أسلفه على أن يعطي عند مضي شهر آخر.

واستبعد ابن عبد السلام أن يكون هذا أضعف مما قبله؛ لأن العادة طلب المكافأة على السلف بالسلف.

وأجيب: بأن المستبعد الدخول على أن يسلفه الآن ليسلفه بعد ذلك بشهر، إذ الناس يقصدون السلف عند الاضطرار.

وَلَوْ اُعْتَبَرَ الْبَعِيدُ لَمُنِعَ بِالْمِثْلِ وَبِأَكْثَرِ نَقْدًا، وَبِأَقْلٍ إِلَى أَبْعَدَ إِذَا كَانَتِ السَّلْعَةُ بِيَدِهِ مُتَمَكِّنًا مِنَ الْاِنْتِفَاعِ، وَقَدْ التَزَمَهُ بَعْضُهُمْ...

يعني: أنه لا ينبغي أن يعتبر الباطن إذا كان بعيدًا إذ لو اعتبر للزم المنع في ثلاث صور، وهي جائزة اتفاقًا:

أولها: أن يبيعه سلعة بثمن إلى أجل فتقيم عند المشتري مدة يمكنه الانتفاع بها، ثم يشتريها بمثل ذلك الثمن نقداً.

ثانيها: كذلك يشتريها بأكثر نقداً.

ثالثها: كذلك يشتريها بأقل إلى أبعد، كما لو باعها أولاً بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بعد خمسة عشر يوماً بخمسة إلى شهرين.

ابن عبد السلام: وتبع المصنف في هذا ابن بشير.

وكلامه في هذا الفصل مختل، وإنما يصح المعنى الذي قصدوه في الصورة الثالثة؛ لأن البائع دفع عشرة يأخذ عنها خمسة بعد ذلك والانتفاع الذي حصل من السلعة، فيكون بيعاً وسلفاً، وإنما يجوز إذا رجع إليه المثل أو الأقل، فإن رجع إليه الأكثر فلا يجوز.

وأما صورتان الأوليان، فابن القاسم وغيره يجيزهما ولا مانع فيهما محقق ولا متوهم.

وقال شيخنا: بل المعنى كما قال المصنف، وهو أن المنع يترتب على كل ما لو نطقاً به ابتداءً لمنع، والمنع فيهما لأجل الضمان بجعل؛ لأنه إذا اشتراها بالمثل نقداً فقد جعل ذلك الانتفاع جعلاً على ضمانها في مدة الانتفاع والزيادة، وإذا تبين لك ذلك في المثل كان بيانه مع الزيادة أخرى؛ لكون الجعل حينئذ الانتفاع والزيادة.

فقول ابن عبد السلام: وكلام ابن بشير مختل، ليس بظاهر.

وقول المصنف: إذا قامت السلعة بيده، تنبيه على المعنى الموجب للتهمة.

وقوله: (التَزَمَهُ بَعْضُهُمْ) عبر بالالتزام، وعبر ابن بشير بالإلزام، فقال: وألزم بعضهم على مراعاة التهم البعيدة أن يمنع.

وذكر الثلاث صور كما ذكرها المصنف.

ولم يعمل ابن بشير المنع في الثلاث بما علله به شيخنا، بل علل بالبيع والسلف، ويكون الثمن سلفاً والمنفعة مبيعة بالسلعة.

وبقي هنا شيء وهو: إن كان المراد ببعضهم غير ابن محرز فحسن، لكن لم أقف عليه، وإن كان هو المراد كما قيل ففيه نظر؛ لأن ابن محرز إنما تكلم على الصورة الثالثة.

ويتبين لك ذلك بالوقوف على كلامه، فقال: إذا باع سلعة بمائة إلى شهر، ثم اشتراها

بمائة نقدًا أو إلى الأجل، أو أبعد منه فذلك جائز؛ لأنه لا تهمة في ذلك من وجه، إلا أنه إذا اشتراها بمثل الثمن أو أقل منه إلى أبعد من الأجل فقد قامت عند مشتريها ينتفع بها، فكان القياس ألا يجوز ذلك؛ لأنه إن اشتراها بمثل الثمن إلى أبعد من الأجل كان بيعًا وسلفًا، فإن قدر ما يرجع إلى المشتري سلفًا وما زاد على ذلك ثمنًا للإجارة فيما انتفع بالسلعة فصار بيعًا وسلفًا.

وكذلك إن اشتراها بأقل من الثمن إلى أبعد من الأجل؛ لأنه يكون إجارة وسلفًا، ولم أر أحدًا يذهب إلى هذا، وإنما يعتبرون بصورة الحال عند العقد الثاني، فإذا لم تكن فيه تهمة أجازوه.

فعلى هذه الطريقة لا يعتبرون ما تقدم من انتفاعه بالسلعة قبل العقدة الثانية، إلا أن أبا الفرج ذكر في كتابه عن ابن الماجشون أنه قال: لا يجوز أن يبيع الرجل سلعة بثمان إلى أجل ثم يشتريها بذلك الثمن إلى أبعد من الأجل.

ابن محرز: ولا أعلم له وجهًا إلا ما ذكرته من الانتفاع بالسلعة.

المازري: ولم أقف على ما نقله ابن محرز في «الحاوي».

قال: وإنما حكى أبو الفرج عن عبد الملك أنه يمتنع أن يبيع الرجل سلعة بثمان إلى أجل، ثم يشتريها وسلعة أخرى بذلك الثمن أو بأكثر منه إلى أبعد من ذلك الأجل.

خليل: وستأتي هذه المسألة في كلام المصنف في آخر الباب.

فَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً تُعْرَفُ بِعَيْنِهَا إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ اشْتَرَاهَا، فَاعْتَبَرَ مَا خَرَجَ وَمَا رَجَعَ وَالْغِ الْوَسْطَ، فَإِنْ جَازَ وَإِلَّا بَطَلَ...

هذا هو القانون لهذا الباب، واحترز بقوله: (تُعْرَفُ بِعَيْنِهَا) من المكيل والموزون، فإن له حكمًا يخصه سيأتي.

وقوله: (إِلَى أَجَلٍ) أي: بثمان إلى أجل، فاعتبر ما خرج من اليد؛ أي: السابقة بالعطاء، سواء كانت يد البائع أو المشتري، وما عاد إليها ثانيًا.

(وَالْغِ الْوَسْطَ) وهي السلعة المبيعة، فإن جاز بأن كان الراجع مثل ما خرج منها أو أقل، وحذف جواب الشرط؛ أي: جاز البيع - وسيظهر لك ذلك - وإلا بطل؛ أي: وإن لم يكن ما رجع مثل الخارج أو أقل بطل، وقد تقدم.

فَإِنْ كَانَتْ الْأُولَى نَقْدًا لَمْ يَتَّهَمَ عَلَى الْمَشْهُورِ إِلَّا أَهْلُ الْعَيْنَةِ فِيهِمَا، وَقِيلَ: أَوْ فِي أَحَدِهِمَا...

أي: فإن كانت البيعة الأولى نقدًا.

ومفهوم كلامه: أن الثانية إلى أجل، فالمشهور وهو مذهب ابن القاسم وأشهب: أنه لا يتهم في ذلك إلا أهل العينة، والشاذ: أنه يتهم في ذلك كل واحد، وهو لما لك في «الموازاة».

ابن عبد السلام: وأما إذا كانتا معًا نقدًا فلا يتهم إلا أهل العينة باتفاق.

وقوله: (فِيهِمَا، وَقِيلَ: أَوْ فِي أَحَدِهِمَا) أي: في المتبايعين؛ يعني: إذا لم يتهم إلا أهل العينة فلا بد أن يكون المتبايعان من أهلها.

وقيل: يكتفي بأحدهما وهو لمحمد، ووجهه: أنه قد يحمل صاحبه عليها.

للخمي: يريد إلا أن يكون الآخر من أهل الدين والفضل، فلا يحمل على أنه عامله عليها.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَنَانِ عَيْنًا عَلَى صِفَةٍ وَاحِدَةٍ فَقَدْ يَكُونُ الثَّانِي نَقْدًا مُسَاوِيًا، وَأَقْلٌ، وَأَكْثَرُ فَهَذِهِ ثَلَاثٌ، وَقَدْ يَكُونُ إِلَى أَجَلٍ فِي الثَّلَاثِ، ثُمَّ الْأَجَلُ مُسَاوٍ، وَأَقْلٌ، وَأَكْثَرُ صَارَتْ اثْنَتِي عَشْرَةَ صُورَةً، فَإِنْ تَعَجَّلَ مِنْهَا الْأَقْلُ امْتَنَعَ، وَهِيَ ثَلَاثٌ.

قوله: (عَلَى صِفَةٍ وَاحِدَةٍ) أي: سكة واحدة ونوع واحد.

وقوله: (فَقَدْ يَكُونُ الثَّانِي نَقْدًا) أي: مع أن البيعة الأولى إلى أجل.

وحاصله: أن للشراء أربعة أحوال؛ إما نقدًا، أو إلى أجل دون الأجل، أو إلى الأجل نفسه، أو إلى أبعد منه.

ثم كل من هذه الأربعة: إما بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر، صارت اثنتي عشرة صورة يمنع منها ثلاث، أشار إليها بقوله: يمتنع منها ما تعجل فيه الأقل، وهي: بأقل منه نقدًا، وبأقل إلى دون الأجل، وبأكثر إلى أبعد من الأجل.

وتجوز التسع البواقي، وضابطها: أن تقول: إن تساوى الأجلان فاحكم بالجواز ولا تبالي باختلاف الثمنين.

وإن تساوى الثمنان فاحكم بالجواز ولا تبالي باختلاف الأجلين، وإن اختلفا فانظر لليد السابقة بالعطاء، فإن رجع إليها مثل ما خرج منها أو أقل جاز، وإن رجع إليها أكثر امتنع. بيانه: أنه باعه بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بثمانية نقداً أو إلى أجل نصف شهر، فقد رجعت إليه سلعته وخرج منها ثمانية يأخذ عنها بعد ذلك عشرة.

وكذلك إذا اشترت باثني عشر إلى شهرين يعطي المشتري بعد شهر عشرة يأخذ بعد ذلك اثني عشر، وعاد المشتري في هذه الثالثة مسلماً.

وَيُشْكَلُ مِنْهَا بِأَكْثَرِ إِلَى أَبَعَدَ

أي: يشكل من الثلاث الممنوعة الصورة الأخيرة، وهي: (بأكثر إلى أبعد).

ابن عبد السلام: ولا إشكال فيها، لا باعتبار نقلها فإنها منقولة في «المدونة» وغيرها، ولا باعتبار وجهها، ووجهها بما تقدم.

وأجاب شيخنا - رحمه الله - بأن قال: بل وجه المنع فيها ضعيف؛ لأنه تقدم أن ظاهر المذهب الجواز فيما يبعد القصد إليه، وهذه أيضاً كذلك يبعد أن يدخل البائع مع المشتري على أن يسلفه المشتري عشرة بعد شهر ليأخذ عنها اثني عشر مثلاً، لأن الغالب في أحوال الناس احتياجهم إلى السلف ناجزاً، والتحليل إنما يكون على ما يحتاج إليه غالباً لا نادراً.

وَلَوْ اشْتَرَى بِأَقَلِّ إِلَى أَجَلِهِ، أَوْ أَبَعَدَ ثُمَّ رَضِيَ بِالتَّعْجِيلِ، فَقَوْلَانِ لِلْمُتَأَخِّرِينَ

يعني: لو وقع البيع على وجه جائز، كما لو باعه سلعة بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بثمانية إلى شهر أو إلى أبعد منه، ثم رضي البائع والمشتري بتعجيل الثمانية، فهل يجوز ذلك لأن البيع قد انعقد أولاً جائزاً، ولا سيما حيث يكون الثمن عيناً، فإن الأجل من حق من عليه الدين فلا تهمة أو يمتنع ذلك لاتهمهما، والقولان للمتأخرين.

وكذلك الخلاف إذا اشترى بأكثر إلى أجله ثم تراضيا بالتأخير. انتهى.

وينبغي أن ينظر هنا إلى قرب الزمان فتقوى التهمة، وإن طال طولاً يخرجان به عن التهمة فيجوز، وهكذا قال: ينبغي في العكس إذا اشتراها بأكثر فلا يقبض إلا بعد الأجل.

فَلَوْ أَفَاتَ الْبَائِعُ السَّلْعَةَ بِمَا يُوجِبُ الْقِيَمَةَ فَكَانَتْ أَقَلَّ، فَقَوْلَانِ

مثاله: لو باعه شاة بعشرة إلى شهر، ثم تعدى عليها فذبحها مثلاً فكانت القيمة ثمانية، فلا خلاف في تمكين المشتري من القيمة ليتنفع بها، ثم هل يدفع للبائع عند الأجل

العشرة لبعد التهمة، وهو قوله في «المجموعة»، أو إنما يدفع مثل ما أخذ منه فقط وهي ثمانية، إذ يتهمان على السلف بزيادة، وهو قول ابن القاسم في «العتبية»^(١).

وظاهر كلامه: أن القولين في تمكين المشتري من قبض تلك القيمة وليس كذلك، بل لا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف كما ذكرنا.

فَإِنَّ التُّهْمَةَ فِيهَا أَبْعَدُ لَوْ كَانَتْ الْأُولَى نَقْدًا، وَفُرَّقَ بِقُوَّةِ تَهْمَةِ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ

اختلف في تأويل هذا المحل، فقليل: هو إشارة منه إلى توجيه الشاذ الذي يتهم فيه أهل العينة وغيرهم فيما إذا كانت البيعة الأولى نقدًا، وكأنه يقول: التهمة على التحيل بإفاته السلعة لتجب القيمة أبعد مما إذا كانت الأولى نقدًا والثانية إلى أجل؛ لأنهما وإن اشتركا في سلف بزيادة، إلا أن صورة الإلتاف يبعد القصد إليها؛ لأنه قد لا يحصل الغرض باختلاف الأسواق.

ثم أجاب: بأن المنع قوي في مسألة الفوات بأنه دين بدين؛ لأن البائع لما أفات السلعة وجبت عليه القيمة للمشتري وله في ذمة المشتري دين.

وقيل: إن ضمير (فيها) عائد على الصورة التي استشكلها في قوله: (ويشكل منها بأكثر إلى أبعد) وأن هذا توجيه لذلك الإشكال؛ أي: أن التهمة فيما يباع بعشرة إلى شهر ثم يشتريه بعشرين إلى شهرين أبعد مما لو كانت البيعة الأولى نقدًا، كما لو باع بخمسة نقدًا ثم يشتريه بعشرة إلى شهر، فإن المشتري مسلف في صورتين؛ لأن السلف في هذه حاصل ناجز، أو هو مقصود غالبًا، بخلاف الأولى فإن السلف فيها إنما يحصل بعد شهر، وهو مما يبعد القصد إليه.

وإذا جاز في صورة النقد على المشهور مع قرب التهمة كان المنع المتفق عليه في صورة التأجيل مشكلًا لأنها أبعد، ثم فرق بأن صورة التأجيل في البيعتين ينضم فيها إلى السلف بالزيادة مانع آخر وهو تهمة دين بدين، وليس هو موجودًا إذا كانت الأولى نقدًا.

ويؤيد هذا الوجه وقوع هذا الكلام، أي: (فَإِنَّ التُّهْمَةَ...) إلخ، في بعض النسخ بعد قوله: (ويشكل منها بأكثر إلى أبعد).

وقال ابن راشد وغيره غير هذين الوجهين، ولم أر من ذكر ذلك، والثاني أقرب،

والأول هو الذي يؤخذ من كلام ابن عبد السلام، لكن على كلامه اعتراض؛ لأنه قال بعد أن قال: هذا توجيه منه للقول الشاذ في مسألة النقد كما تقدم، وكان المصنف يقول: التهمة في مسألة الإفاتة أقوى منها في مسألة النقد.

هكذا رأيت في نسخ وبعضها صحيح، وصوابه أن يقول عوض «أقوى»، «أضعف». والله أعلم.

ولذلك فسَدَ في تساوي الأجلين إذا اشترطاً عدم المقاصة، وصَحَّ في أكثر إلى أبعد إذا اشترطاً المقاصة...

أي: ولأجل أن التهمة دائرة مع الدين بالدين منع ما أصله الجواز، وهو ما إذا تساوى الأجلان وشرطاً عدم المقاصة لما فيه من عمارة الذمتين، وأجيز لذلك ما أصله المنع، وهو ما إذا اشترت بأكثر إلى أبعد وشرطاً المقاصة للسلامة من دفع قليل في كثير، لا يقال المنع في الأولى إنما نشأ من الشرط، بخلاف ما تقدم فإنما فيه التهمة فقط، لأننا نقول: المتهم عليه في هذا الباب كالدخول عليه.

فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجُودَةِ وَالرَّدَاءَةِ، أَوْ فِي ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ امْتَنَعَ؛ لِأَنَّهُ صَرَفٌ مُسْتَأْخَرٌ

هذا قسيم قوله: (على صفة واحدة) ونوعه إلى قسمين:

أحدهما: الاختلاف في الجودة والرداءة مع اتحاد النوع، كمحمدية ويزيدية.

والثاني: الاختلاف بالنوع، كذهب وفضة، لما يؤدي إليه في الأول إن سلما من دفع قليل في كثير من ربا النساء وربا الفضل، والنساء إن لم يسلما، ولما يؤدي إليه في الثاني من صرف مستأخر.

واكتفى بذكر علة الثاني لوجهين:

أحدهما: لأنه تفهم منه علة الأول؛ ولأن ما ذكره من التفريع إنما هو في الصرف.

ووجد في بعض النسخ: لأنه صرف أو بدل مستأخر، فذكر العلتين.

وفي بعض النسخ ما نصه: فإن اختلفا في الجودة والرداءة فأربع وعشرون صورة. فالجودة والرداءة كالفلة والكثرة، فإن عجل منها الأقل والأدنى امتنع، إلا أن المشهور المنع إن تساوى قدرًا وأجلًا وهو مشكل، أو في ذهب وفضة امتنع؛ لأنه صرف مستأخر. انتهى نص هذه النسخة.

أي: لأنه قد يكون الجيد من عند البائع والردىء من عند المشتري وعكسه، وفي كل اثنتي عشرة صورة وجه الإشكال الذي ذكره: أن الغالب في التحيل إنما هو حينما تحصل المنفعة ولا منفعة مع التساوي.

خليل: وهذه النسخة أولى لاقتضاء الأولى المنع فيما إذا باعه عشرة يزيدية إلى شهر ثم اشتراه بعشرة محمدية نقدًا.

والنسخة الأولى هي التي وقعت في كلام ابن عبد السلام وقررها على ظاهرها من المنع في المثال المفروض وليس بظاهر؛ لأن في «الجواهر»^(١) مقتضى المعروف من المذهب الجواز في المثال المذكور بخلاف عكسه، وهو الذي ذكره ابن يونس وعزاه لبعض الأصحاب.

وقال: إنه بين، وهو مذهب ابن القاسم وعبد الملك في «المجموعة»، قالوا: وإن باعها بعشرة هاشمية إلى شهر ثم اشتراها بعشرة عتق نقدًا أو إلى أجل فجائز، ولا يجوز إلى أبعد من الأجل؛ لأن الهاشمية أدنى من العتق.

ابن القاسم: وإن كانت الهاشمية أكثر عددًا، فإن كانت بزيادتها مثل العتق المؤخرة أو أكثر فلا بأس به، وإن لم تكن مثلها فلا خير فيه، قالوا: وإن باعها بمائة عتق تنقص خروبة إلى شهر، ثم اشتراها بمائة هاشمية وازنة.

ابن يونس: يريد نقدًا، فإن كان في زيادة وزنها ما يحمل جودة العتق فأكثر جاز، وإلا لم يجز.

إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُعْجَلُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ الْمُتَأَخَّرِ جِدًّا، وَقِيلَ: وَمِثْلُهُ

هذا استثناء من المنع؛ أي: أنه إذا كان الثمن الثاني أكثر جدًّا مما باع به أولاً جاز لخروج ذلك عن المعهود من أحوال المتهمين.

وما صدر به المصنف هو مذهب «المدونة»، قال فيها: وإن بعته بثلاثين درهماً إلى شهر يعني: الثوب فلا تبّعه بدينار نقدًا فيصير صرفًا مؤخرًا، ولو ابتعته بعشرين دينارًا جاز لبعدهما من التهمة، قال: وإن بعته بأربعين درهماً إلى شهر جاز أن تبّاعه بثلاثة دنانير نقدًا لبيان فضلها، ولا يعجبني بدينارين وإن ساوياها في الصرف.

ومنع أشهب مطلقاً مبالغاً في الاحتياط للصرف، ولأنه قد يكون لدافع الدينار في الدراهم أو العكس غرض.

اللخمي: وتجوز بالمساوي على قول ابن القاسم وعبد الملك في «المجموعة»، وكذلك قال في «الجواهر»^(١)، واستقرأ اللخمي قولاً ثالثاً أنه يجوز بالمساوي، وهو أحسن.

ومراذه: التساوي في القيمة؛ لأنه يخسر الصبر ولا يعود إلى يده أكثر مما خرج منها، وإلى هذا أشار بقوله: (وقيل: ومثله) ففيه مسامحة.

خليل: والظاهر أن الاستثناء عائد على مختلف النوع فقط، كما ذكرنا لقوله: (من قيمة المتأخر) إذ لا يقال ذلك في متفق النوع، لكن يبقى فيه نظر، وهو أنه يبقى مختلف الصفة باق على إطلاق المنع، فلا يجوز إن كان المعجل أكثر من قدر المتأخر وليس كذلك، بل يجوز ذلك ويجوز إذا كان قدره وكان المتأخر أردأ، كما نص عليه ابن القاسم في الهاشمية والعق، كما تقدم.

والمشهور: المنع إذا تساوى قدرًا وأجلًا؛ لأنه دينٌ بدينٍ

ابن عبد السلام: يعني كما لو باعه ثوبًا بعشرين درهماً إلى شهر ثم اشتراه بدينار إلى ذلك الشهر.

قال المصنف: لأنه دين بدين، ولا شك أن ذلك مقتض للمنع، وأكثر ما يعللون به هنا الصرف المؤخر؛ لأنه أضيق.

ثم قال: واستعمل المصنف في هذا الموضع التساوي في القدر في مختلفي الجنس، ومراذه: التساوي في القيمة؛ لأن أحد الثمين ذهب والآخر فضة.

وحمله ابن راشد وغيره على ما إذا اتفق النوع واختلفت الصفة كمحمدية ويزيدية، وهو ظاهر قوله: (تساوى قدرًا وأجلًا) وذكر أن المشهور المنع لأنه مذهب «المدونة»^(٢)، قال فيها: وإن بعث ثوبًا بمائة درهم محمدية إلى شهر فلا تتبعه بمائة يزيدية إلى ذلك الشهر لرجوع ثوبك إليك، وكأنك بعث يزيدية بمحمدية إلى أجل.

ابن يونس^(٣) وغيره: ولا فرق بين أن تتقدم اليزيدية أو المحمدية؛ لأنه بيع يزيدية

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٤٤).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٦٠).

(٣) «الجامع» (٨/ ٢٧٦).

بمحمدية، أو محمدية بيزيدية إلى أجل، ونقله ابن محرز عن أكثر مذاكره.

ونقل عن بعضهم: إن كانت البيعة الأولى باليزيدية والثانية بالمحمدية ما لم يكن في ذلك تهمة جاز.

ابن محرز: وهو مذهب ابن القاسم وعبد الملك؛ لأنهما قالا: لو كان الثمن الأول هاشمية ثم اشتراها بمائة عتق إلى الأجل أو أقرب منه كان جائزاً.

ولابن القاسم في «المجموعة»: إذا باع بمائة قائمة إلى شهر ثم ابتاع بمائة مجموعة نقداً لم يجز، وأما إلى الأجل أو أبعد فجائز لنفي التهمة، وهو الشاذ الذي حكاها المصنف.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَانُ طَعَامًا نَوْعًا وَاحِدًا عَلَى صِفَةٍ وَاحِدَةٍ فَاثْنَتَا عَشْرَةَ صُورَةً كَالْعَيْنِ، إِلَّا أَنَّهُ اخْتَلَفَ إِذَا تَعَجَّلَ مِنْهَا الْأَكْثَرَ، بَنَاءً عَلَى قُرْبِ ضَمَانٍ بِجُعْلٍ أَوْ بَعْدَهُ...

لا إشكال في تصور الاثنتي عشرة صورة كالعين، إلا أنه اختلف هنا في صورتين هما جائزتان في العين اتفاقاً؛ إذا استردها بأكثر مقدار نقداً، أو بأقل منه إلى أبعد من الأجل. وسببهما كما قال المصنف: هل الضمان بجعل يقصد غالباً أم لا؟

واعترضه بعض من تكلم على هذا الموضع بأنه قدم أن الضمان بجعل بعيد لأنه مما يقلل القصد إليه على القولين، فكيف يجعله هنا قريباً.

فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجُودَةِ وَالرَّدَاءَةِ أَوْ كَانَا نَوْعَيْنِ فَكَمَا تَقَدَّمَ

الجودة والرداءة كالسمراء والمحمولة، والنوع كالقمح والفلول، فكما تقدم؛ أي: في العين.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَانُ عَرْضًا نَوْعًا وَاحِدًا فَكَالطَّعَامِ

إنما شبهها بالطعام لا بالعين لمشاركة العرض للطعام في الصورتين المختلف فيهما، لدخول الضمان بجعل فيهما ولا ضمان في العين على ما علم في غير هذا الموضع.

فَإِنْ كَانَا نَوْعَيْنِ جَازَتْ الصُّورُ كُلُّهَا، إِذْ لَا رَبَّاءَ فِي الْعُرُوضِ

كما إذا باع شاة بثوب إلى أجل ثم اشتراها بفرس أو غيره مما هو مخالف للثوب. ومراده بالصور كلها: صور النقد الثلاثة.

وأما صور الأجل التسع فممنوعة لأنه دين بدين.

وكان المصنف أطلق في قوله: (لا رِبَاً فِي الْعُرُوضِ) ومراده: نفي ربا التفاضل لوضوحه، إذ لا يخفى على من له أدنى مشاركة أن ربا النساء يدخل في العروض، وهكذا كان شيخنا رحمه الله يقول.

فَإِنْ كَانَتْ السَّلْعَةُ طَعَامًا أَوْ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ لَا مِثْلَهَا صِفَةً وَمِقْدَارًا كَعَيْنِهَا

يعني: فإن باع طعاماً أو غيره مما لا يعرف بعينه بثمن إلى أجل ثم اشترى مثل ذلك المبيع في صفته ومقداره، فإن ذلك المثل يكون كما لو اشترى منه عين مبيعة نسيئة، فيمتنع هنا ما امتنع فيها؛ لأن ما لا يعرف بعينه يقوم المثل فيه مقام مثله في أكثر المسائل.

وَيُمْتَنَعُ بِأَقْلٍ إِلَى الْأَجَلِ

كما إذا باع إردبا بدينارين إلى شهر ثم اشترى مثله بدينار إلى ذلك الشهر. وأطلق في المنع، وهو مقيد بغية المشتري عليها؛ لأنهم يعدون الغيبة عليها سلفاً، فكان البائع أسلف المشتري إردبا على أن يعطيه ديناراً بعد شهر ويقاصه بدينار عند الأجل فآل إلى سلف جر منفعة.

وهذه المسألة مخصصة لعموم التشبيه في قوله: فمثلها صفة ومقداراً كعينها؛ لأن ما يعرف بعينه تتنفي فيه علة المنع؛ وهي السلف بزيادة، لا يقال: إذا غاب على ما يعرف بعينه فقد انتفع به، والسلف لا يتعين فيه رد المثل، بل يجوز فيه رد العين والمثل فلم لا تعدوه سلفاً، لأننا نقول: لما رجعت العين فكأنهما اشترطا ذلك فخرجا عن حقيقة السلف، وفيه نظر.

فإن قيل: يفهم من قوله: (وَيُمْتَنَعُ بِأَقْلٍ إِلَى الْأَجَلِ) أنه يجوز بأقل إلى أبعد من الأجل، والمنقول فيها المنع.

ذكره صاحب «المقدمات»^(١) وعلله بسلف بزيادة.

فالجواب: لا يفهم ذلك منه، بل يفهم منهم المنع مع التأمل للمساواة في العلة، وهي السلف بزيادة، وعلى هذا فالممتنع من الاثنتي عشرة مما لا يعرف بعينه خمس: فثلاث لقوله أولاً: فمثلها صفة ومقداراً كعينها.

ورابعة لقوله: ويمتنع بأقل إلى الأجل، وخامسة: وهي بأقل إلى أبعد لمساواتها لهذه،

ويمتنع على قول ابن الماجشون.

سادسة: وهي بمثل الثمن إلى أبعد، بناءً على اعتبار أسلفني وأسلفك.

فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْمِقْدَارِ وَكَانَ الرَّاجِعُ أَقْلًا، فَكُسِلَتَيْنِ ثُمَّ اشْتُرِيَ إِحْدَاهُمَا

وإن اختلفا - أي: الميعان - مما لا يعرف بعينه في المقدار فاسترد أقل، فكسلعتين

بعتهما ثم اشترت إحداهما. والتشبيه يعم التصور والحكم.

فأما التصور: فمتوجه من حيث الجملة، فلا خفاء في تصور الاثنتي عشرة صورة، من

حيث التفصيل تتضاعف صور المشبه، وهو ما لا يعرف بعينه باعتبار الغيبة وعدمها،

فيتصور اثنتا عشرة صورة مع الغيبة واثنتا عشرة مع عدمها دون المشبه به، إذ لم يفرقوا فيما

يعرف بعينه بين الغيبة وعدمها، فليس فيه إلا اثنتا عشرة.

وأما التشبيه في الحكم: فيصح مع عدم الغيبة؛ لتساويهما في الممتنع والجائز.

فالممتنع خمس وهي: أن يشتري الأقل بالأقل من الثمن نقدًا، أو إلى أجل دون

الأجل، أو يشتريه إلى أبعد بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر.

والجائز: ما بقي، ولا يصح مع الغيبة لزيادة الصور الممتنعة، فتزيد مع الخمس صورة

أخرى وهي: أن يشتريه بأقل من الثمن إلى مثل الأجل، مثل: أن يبيع إردبين بعشرة إلى

شهر ثم يشتريه إردبا بالخمسة إلى الأجل، فقد أسلف البائع إردبًا رجع إليه وخرج من يده

إردب وله خمسة يقاص المشتري بها عند الأجل، ويخرج من يد المشتري خمسة مقابلة

الإردب، وهي جائزة مع عدم الغيبة.

واختلف في سابعة، وهي: أن يتناع منه بمثل الثمن أقل من الطعام مقاصة، فإن قول

مالك اختلف فيها واضطرب فيها أيضًا المتأخرون، فقد تبين أن تشبيه المصنف لا يصح على

إطلاقه.

ويقع في بعض النسخ عقب قوله: (في المقدار) ما نصه: (فاجعل الزيادة والنقص في

المردود مثلهما في الثمن، ولكن على العكس) أي: اجعل الثمنين هنا متساويين لا يتغيران،

والتغيير في الثمنين والأجل أيضًا كما كانت السلعة في الصورة المتقدمة لا تتغير، وإنما كان

يتغير الثمن والأجل.

وانظر هذا أيضًا إن رجع إلى اليد السابقة بدفع الثمن أقل أو مساو جاز، وإن رجع

إليها أكثر امتنع، وهو الذي أشار إليه بقوله: (على العكس).

لكن في كلامه على هذا قصور؛ لأن الاثنتي عشرة صورة إنما تتصور مع اختلاف الأجل أيضاً، والله أعلم.

فَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ فَكَسَلَةٍ، ثُمَّ اشْتَرَيْتَ مَعَ أُخْرَى وَسَيَّاتِيَانِ

أي: فإن كان الراجع في المسألة بحالها أكثر مما خرج، فهو في التصور والحكم كمن باع سلعة بثمان إلى أجل ثم اشتراها مع سلعة أخرى، وستأتي.

إلا أن صور المشبه تبلغ أربعاً وعشرين صورة باعتبار الغيبة وعدمها، كما قلنا في التي قبلها، بخلاف صور المشبه به فإنها اثنتا عشرة، إذ لا فرق بين الغيبة وعدمها فيما يعرف بعينه.

فالممتنع من المشبه به سبع، وهي: بمثل الثمن نقداً، أو إلى أجل أقل، أو بأقل منه نقداً، أو إلى أجل قبل الأجل، والعلة في الأربع: أو بأكثر من الثمن نقداً، أو إلى أجل قبل الأجل، أو بعده، والعلة في الثلاث: بيع وسلف، وتبقى خمس جائزة.

وأما مع الغيبة فيما لا يعرف بعينه فالجميع ممتنع، إما لسلف جر منفعة إن اشترى بالمثل أو أقل، وإما ببيع وسلف إن اشترى بأكثر.

فتبين أن ما ذكره من التشبيه ليس على إطلاقه.

فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجُودَةِ وَالرَّدَاءَةِ، فَهُمَا كَالزِّيَادَةِ وَالنَّقْصِ

يعني: فإن كان ما اشتراه ثانياً أجود مما باع أولاً، فحكمه حكم ما إذا اشترى ما باعه مع زيادة، وإذا اشترى أردأ فحكمه حكم ما إذا اشترى أقل مقداراً؛ لأن الجودة زيادة والرداء نقص.

فَإِنْ كَانَ غَيْرَ صِنْفِهِ كَالشَّعِيرِ، أَوِ السَّلْتِ مَعَ الْقَمَحِ، أَوِ الْمَحْمُولَةِ مَعَ السَّمَرَاءِ، فَحَكَمَى عَبْدُ الْحَقِّ جَوَازَهُ...

أي: فإن كان الطعام الثاني من جنس الأول لا من صنفه كالقمح مع الشعير، أو السلت أو المحمولة مع السمراء، فهل يكونان كسلعتين، كما لو باع منه ثوباً إلى أجل ثم اشترى منه فرساً، هكذا حكى عبد الحق في «النكت»^(١) عن بعض شيوخه القرويين.

ورأى ابن يونس^(١) أنه بالخيار على مذهب ابن القاسم، وأن المنع يأتي على مذهب سحنون ومحمد في العرض المردود مثله، وسيأتي.

وكان المصنف نسب المسألة لعبد الحق تبرئاً، إذ المعروف من المذهب أن القمح والشعير جنس واحد فكان ينبغي المنع.

ولعل ما ذكره عبد الحق جار على أحد القولين في تأويل مسألة السلم الثاني، وهي: ما إذا أسلم في حنطة سلماً فاسداً وفسخ العقد بينهما ووجب للمسلم أخذ رأس ماله.

قال في «المدونة»^(٢): فيجوز له أخذ ما شاء عن رأس ماله سوى الصنف الذي أسلم فيه، أي: لأنه إذا أخذ الصنف الذي أسلم فيه فقد تم العقد الفاسد.

فذهب فضل، وابن أبي زمنين: إلى أنه يجوز أخذ المحمولة إن كان أسلم في سمراء وبالعكس، وهكذا قال غيرهما، وهو في «الموازية» و«الواضحة» أيضاً.

ومنعه ابن محرز، والأبياني، وقالوا: لا يجوز أخذ السمراء عن المحمولة، ولا الشعير عن القمح، فما قاله عبد الحق جار على التأويل الأول.

ويعتبر في الطعام مطلقاً أن من باع طعاماً إلى أجل لم يجز أن يشتري بذلك الثمن ولا بيعه طعاماً، وإن خالفه قبل الأجل، ولا بعده إلا أن يكون كيله وصفته؛ إن محمولةً فمحمولة، وإن سمراءً فسمراء...

هذه المسألة نافعة للناظر في مذهب مالك؛ لدخول أشياء كثيرة تحتها، وهي ليست من بيعات الآجال، وإنما أتى بها - والله أعلم - لمناسبتها لإلغاء الوسط وسداً للذريعة، والأليق بها كتاب السلم والصلح، ومعناها: أن من باع طعاماً مطلقاً ربوياً أو غيره بثمن إلى أجل، لم يجز له ولا للمحال عليه أن يأخذ بذلك الثمن ولا يبيع ما هو عليه طعاماً، وإن خالفه قبل الأجل أو بعده، إلا أن يكون مثل الطعام الذي خرج من يده صفة ومقداراً لعدم التهمة حينئذ، ويعد حينئذ إقالة.

وقوله: (بثمن) يريد: وكذلك بحال تأخر قبض الثمن حتى افترق المتبايعان، وليس هذا مخصوصاً في المذهب بالطعام، بل لا يجوز أخذ اللحم عن ثمن الحيوان ولا العكس، ولا أخذ طعام من أجرة كراء أرض للحرث، قاله في «المدونة»^(٣).

(١) «الجامع» (٨ / ١٨٢).

(٢) «المدونة» (٣ / ٨٦).

(٣) «المدونة» (٣ / ٣٥).

ولا أخذ الثياب عن ثمن الغزل إذا مضى زمن يمكن أن ينسج فيه؛ لأنه إجارة مجهولة، ولا أخذ القصيل عن ثمن الشعر بعد زمن يصير فيه قصيلاً، ولا السيوف عن الحديد.

وضابطه: كل ما لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر نقداً، فلا يجوز أن يقتضي أحدهما من ثمن الآخر، كاللحم عن الحيوان والعكس، والطعام عن ثمن الأرض.

وكل ما لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر إلى أجل فلا يجوز أن يقتضي أحدهما من ثمن الآخر، كأخذ الطعام عن ثمن الطعام، وأخذ ثوب عن ثوبين أو العكس، وأخذ غزل عن ثمن كتان بعد مدة يمكن فيها النسج، وأخذ ثياب عن ثمن غزل في مدة يمكن فيها النسج، وأخذ قصيل عن شعر بعد مدة يمكن فيها نباته.

وَجَاءَ فِي مَنَعٍ أَقَلِّ مِنْهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ قَوْلَانِ لِمَالِكٍ وَابْنِ الْقَاسِمِ

هكذا وقع في بعض النسخ (منع) ولا حذف فيها، وفي نسخة: (بيع) وفيها حذف مضاف؛ أي: منع بيع أقل وجوازه.

فالمنع لمالك في «المدونة»^(١)، والجواز له في «الموازية» وهو الأشهر عن ابن القاسم.

فنسب لكل منهما ما هو الأشهر عنه، ولم ينقل عن ابن القاسم قول صريح بالمنع، بل نقل عنه أنه قال مرة بالجواز، وقال مرة: لا يعجبني.

وليس مراده أن لكل منهما قولين؛ لأنه خلاف عادته، ولأن ابن القاسم لم يصرح بالمنع كما ذكرنا، ولأن هذه المسألة مستثناة من قوله: (إلا أن يكون ككيه وصفته) وأفردها لينبه على الخلاف فيها.

والخلاف في المسألة مبني على الخلاف في قرب ضمان بجعل أو بعده.

وَالْأَرْدَا مِثْلُهُ

ظاهره: أن القولين فيه كما في الأقل وليس كذلك؛ لأن مالكا نص في «المدونة»^(٢)

على الجواز في الأردأ وعلى المنع في الأقل، فهما مفترقان عنده.

(١) «المدونة» (٣/ ٤٠).

(٢) «المدونة» (٣/ ٤٠).

وَإِذَا كَانَتْ السَّلْعَةُ عَرْضًا فَمِثْلُهُ كَمُخَالَفِهِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَقَالَ ابْنُ الْمَوَازِ: مِثْلُهُ كَعَيْنِهِ، كَمَنْ أَسْلَمَ ثِيَابًا ثُمَّ أَقَالَ فِي مِثْلِهَا وَزِيَادَةٍ.

هذه المسألة مقابلة لقوله: (قيل: فإن كانت السلعة طعاماً أو مما يكال أو يوزن) أي: وإن كانت السلعة عرضاً يعرف بعينه كالثياب والحيوان فمثله كمخالفه.

فإذا باع ثوباً أو شاة بعشرة إلى شهر، ثم اشترى البائع من المشتري شاة أو ثوباً بأقل نقداً، فالأصح - وهو مذهب «المدونة» - الجواز، كما لو اشترى فرساً أو غيره من مخالفة في الجنس.

واحتج ابن القاسم بأن ذوات القيم لا يقوم المثل فيها مقام المثل، فوجب أن يكون المثل فيها كالمخالف، ومقابل الأصح لسحنون، وابن المواز وغيرهما: أن المثل كالعين، لا أن المثل يقوم في ذوات القيم مقام المثل، ولكن لمعنى آخر وهو السلف بزيادة بيانه من لو باع ثوباً بعشرة إلى شهر ثم اشترى منه مثل ثوبه بخمسة نقداً، فآل الأمر إلى أن مثل سلعته قد رجعت إليه وخرج من يده خمسة يأخذ بعد شهر عشرة.

زاد ابن المواز: فشبه ما قرره من وجه المنع بمن أسلم ثوباً في شاة أو باعه بدراهم ثم أقال من تلك العقدة على أن أخذ ثوباً وزيادة.

وفرق ابن المواز بأن المسألة الأولى المتنازع فيها لم يقصد المتبايعان نقض البيعة الأولى، بل أبقياها واستأنفا بيعه ثانية لا تعلق لها بالأولى، فوجب بقاء كل حالة منهما على حالها. ومسألة الإقالة التي شبه بها قصد المتبايعان نقض البيعة الأولى بالإقالة، فوجب من أجل ذلك النظر إلى ما خرج من اليد وعاد إليها، كما في بیاعات الآجال بل أولى، فقصارى مسائل الآجال أن يتهدما على القصد إلى نقض البيعة الأولى، وهاهنا قد صرح بذلك.

فَلَوْ تَغَيَّرَتِ السَّلْعَةُ كَثِيرًا فَقِيلَ: كَعَيْنِهَا، وَقِيلَ: كَغَيْرِهَا

يعني: لو باعه سلعة من المقومات كدابة بعشرة إلى سنة فركبها.

قال في «الموازية»: إلى مثل الحج وبعيد السفر، فتأتي وقد نقصها ذلك، فهل يمنع أن يشتريها بائعها بتسعة مثلاً، أجازاه في رواية ابن القاسم، ومنعه في رواية أشهب وبه أخذ سحنون.

وذكر في رواية أشهب أنه قال: إذا أحدث بها عور أو عرج أو قطع حتى يعلم أنهما لم يعملّا على فسخ البيع، فلا يصلح هذا ولا يؤمن عليه أحد.

قال في «النكت»^(١): والرواية الأولى أقيس؛ لأن السلعة إذا تغيرت تغيراً شديداً بعدت التهمة.

ابن رشد^(٢): اختلافهما هناك اختلافهما في الرواحل إذا استقال المكري الكري بزيادة بعد أن سار من الطريق ما له بال، أجازاه ابن القاسم ورأى أن هذا السير يمنع التهمة، ومنعه أشهب.

فَإِنْ كَانَ الثَّانِي بَعْضُهُ نَقْدًا وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلًا - وَهِيَ تِسْعٌ - فَإِنْ تَعَجَّلَ الْأَقْلَ أَوْ بَعْضُهُ امْتَنَعَ...

يعني: فإن كان الثمن الثاني بعضه نقدًا وبعضه مؤجلًا؛ فالأجل: إما مساوٍ، أو أقل، أو أكثر، والثمن: إما مساوٍ، أو أقل، أو أكثر، فهذه تسع.

وليه أشار بقوله: (وَهِيَ تِسْعٌ) وإنما انتفت صور النقد الثلاث؛ لأن الفرض أن بعض الثمن مؤجل، وإذا كان مؤجلًا لا يصح أن يكون نقدًا.

وبين الممتنع منها بقوله: (فَإِنْ تَعَجَّلَ الْأَقْلَ أَوْ بَعْضُهُ امْتَنَعَ) كما لو باع سلعة بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بتسعة فأقل، عجل منها خمسة مثلاً وآخر أربعة، وسواء أخرها إلى أقل من الأجل، أو إلى الأجل، أو إلى الأبعد؛ لأنه إذا باع ثوبًا بعشرة إلى شهر ثم اشتراه بثمانية؛ أربعة نقدًا وأربعة إلى نصفه، أو إلى الشهر أو إلى الشهرين، فإن ثوبه قد رجع إليه ودفع الآن أربعة وأربعة بعد نصف شهر يأخذ عنها عشرة عند تمام الشهر.

وهذه الصورة قد تعجل فيها كل الأقل.

وكذلك إذا كانت الأربعة مؤخرة إلى الشهر، فإنه يسقط بسببها أربعة من العشرة لأجل المقاصة، وآل الأمر إلى أن البائع دفع الآن أربعة يأخذ عنها عند حلول الشهر ستة، والتعليل كذلك في الشهرين.

وهاتان الصورتان تعجل فيهما بعض الأقل، وهما والأولى مندرجة تحت قوله: (فَإِنْ

(١) «النكت والفروق» (٢ / ٤٣).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ١١٩).

تَعَجَّلَ الْأَقْلَ أَوْ بَعْضَهُ).

ويدخل في كلامه صورة رابعة مشاركة للأولى في تعجيل كل الأقل، وهي ما إذا اشتراها بأكثر وعجل بعضه وآخر بعضه إلى أجل أبعد من الأجل الأول، كما لو باعه بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه باثني عشر؛ خمسة نقداً وسبعة إلى شهرين، فإن الثوب رجع لربه، ودفع الآن خمسة يأخذ عنها مثلها عند تمام الشهر، ويدفع له المشتري حيثئذ خمسة يعطيه البائع عوضاً عنها بعد شهر آخر سبعة، فالعشرة أقل من الاثني عشر، فيصدق عليها قوله: (تعجل فيها الأقل).

فعلى هذا، ف(أو) من قوله: (فإن تعجل فيها الأقل أو بعضه) للتفصيل: فتعجل الأقل كله هو في الصورة الأولى والرابعة، وتعجل بعضه هو في الثانية والثالثة كما قررنا، وبه يندفع ما قاله ابن عبد السلام هنا، من أن كلامه لا يشمل الصورة الرابعة، وأن قوله: (تَعَجَّلَ الْأَقْلَ) خارج عن فرض المسألة؛ إذ فرضها أن بعضه مؤجل، فلا يتعجل فيها جميع الأقل.

وَمَنْعَ ابْنِ الْمَاجِشُونِ الْمُؤَجَّلَ إِذَا كَانَ مُسَاوِيًا لِلْبَاقِي، بِنَاءً عَلَى اعْتِبَارِ: أَسْلَفِنِي وَأَسْلَفَكَ، وَهُوَ بَعِيدٌ...

يعني: أن ابن الماجشون منع من الصور التسع صورة أخرى هي جائزة على المشهور، وهي ما إذا كان المؤجل أبعد من أجل الثمن الأول وهو مساوٍ له، كما لو باعه بعشرة إلى شهر ثم استردها بخمسة نقداً أو خمسة إلى شهرين.

وقد تقدم الكلام عنها أول الفصل حين أشار إليها المصنف بقوله: (وإن كان بعيداً جداً، كأسلفني وأسلفك).

وَلَوْ بَاعَ ثَوْبَيْنِ بَعَشْرَةَ إِلَى سَنَةٍ، ثُمَّ اشْتَرَى أَحَدَهُمَا نَقْدًا بِتِسْعَةٍ لَمْ يَجْزْ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ وَسَلَفٌ...

هذه إحدى المسألتين اللتين تقدمت الإحالة عليهما قبل هذا بقوله: (وسيايان)، ومعناها: أن من باع ثوبين بعشرة إلى سنة مثلاً ثم اشترى أحدهما بأقل من الثمن الأول نقداً كتسعة أو ثمانية أو أقل، فالثوب الراجع كأنه لم يقع فيه بيع وآل أمره إلى أنه دفع تسعة وثوباً معجلين في عشرة إلى شهر، فتسعة منها تقابل تسعة سلف، والثوب مبيع

بالدينار العاشر، فقد اجتمع بيع وسلف.

ابن عبد السلام: قيل: إنما تظهر هذه التهمة إذا كان الثوب يساوي ديناراً أو نحوه، وأما لو كان يساوي خمسة ونحوها فالتهمة حينئذ بعيدة.

وينبغي على أصل ابن القاسم الجواز إذا اتضح ارتفاع التهمة، كما أجاز في الصرف إذا كانت قيمة المعجل أكثر من قيمة المتأخر جداً، ألا ترى أن البيع والسلف يكثر القصد إليه بخلاف الصرف المستأخر.

ولو اشتراه بعشرة فأكثر جاز، خلافاً لابن الماجشون، وهي اثنتا عشرة صورة يمتنع منها ما تعجل فيه الأقل...

يعني: فلو اشترى أحد الثوبين بمثل الثمن الأول فأكثر جاز لانتفاء التهمة؛ لأن البائع دفع عشرة وثوباً نقداً يأخذ عنهما عشرة بعد سنة، ولا تهمة في ذلك.

وما نسب له لابن الماجشون ليس بنص، وإنما نصوا له على المنع فيمن باع ثوباً بعشرة إلى شهر ثم اشتراه بثوب وعشرة، فقدّر الثوب المردود مبيعاً بالثوب المدفوع والعشرة سلف بعشرة، وستأتي هذه المسألة.

وألزمه التونسي منها المنع في الصورة التي ذكرها المصنف؛ لأن البائع خرج من يده ثوب وهو الباقي بيد المشتري، ورجع له ثوب عوضاً عنه وهو الذي كان خرج من يده أولاً، وهذا بيع، وخرج من يده عشرة نقداً يأخذ عشرة بعد شهر، وهذا سلف.

وكأن المصنف قوي عنده هذا الإلزام فجري على أحد القولين في أن لازم القول قول فنسبه إليه.

وحل المازري هذا الإلزام بأن ابن الماجشون قال في المسألة المنصوصة: ولا سيما إن كان الثوب المدفوع آخرأً أدنى من الثوب الأول.

فأشار بقوله: (أدنى) إلى اتضاح التهمة برجوع ثوب آخر مخالف، إذ اختلاف الأعواض دليل على اختلاف الأغراض، وهذا بخلاف أن يعود إلى يده عين ما خرج منها، فلا تهمة لاتحاد العوض.

وقوله: (وهي اثنتا عشرة صورة) لأنه إذا باع ثوبين بعشرة ثم اشترى أحدهما؛ فإما: بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر، والبيع إما: نقداً، أو دون الأجل، أو إلى الأجل، أو أبعد

منه، وقوله: (يُمْتَنَعُ مِنْهَا مَا تَعَجَّلَ فِيهِ الْأَقْلَ) ظاهر، وقد تقدم وهو: ما إذا اشترى أحدهما بتسعة.

وظاهر كلامه: أنه لا يمتنع إلا هذا، وليس كذلك، فإن الصور الثلاث التي بعد الأجل كلها ممتنعة، نص على ذلك المازري وهي: أن يشتري أحدهما ثانيًا بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر، أو أبعد من الأجل.

أما الأولى: فلتهمة سلف جر نفعًا؛ كما لو باعها بعشرة إلى شهر ثم اشترى أحدهما بعشرة إلى شهرين؛ لأن البائع خرج من يده ثوب على أن يسلفه المشتري عشرة بعد شهر يأخذها منه بعد شهرين، والثوب عوض انتفاعه بالسلف.

وأما الثانية: وهي أن يشتريه بأقل إلى أبعد، فلأنه بيع وسلف؛ لأن البائع إذا اشتراه ثانيًا بخمسة إلى شهرين، فقد خرج من يده ثوب يعطيه المشتري عند حلول الأجل عشرة؛ خمسة منه عوض عن الثوب، وخمسة يسلفها له يأخذها منه بعد شهرين.

وأما الثالثة: وهي أن يشتريه بأكثر إلى أبعد، فهو سلف جر نفعًا، وتصوره ظاهر.

وقد يمكن أن تدرج هذه الصورة الثالثة - وهي أن يشتري بأكثر إلى أبعد - في قوله: (تَعَجَّلَ فِيهِ الْأَقْلَ) لأن ما يأخذه البائع بعد شهر أقل، ويتعجل بالنسبة إلى ما يأخذه بعد شهرين، وأما الأوليان فلا تدرجان في كلامه.

ولو اشترى أحدهما بغير صنف الثمن الأول، فقالوا: يُمنع مطلقًا، وعندي في النقد المربي على جميع الثمن، الظاهر: الجواز...

مراده بغير الصنف: أن يكون الثمن الأول ذهبًا والثاني فضة، أو يكون الأول محمدية والثاني يزيدية، فيؤول الأمر إلى أن البائع رجع إليه أحد ثوبيه وخرج من يده ثوب وذهب يأخذ عند الأجل فضة، أو خرج من يده ثوب ومحمدية يأخذ عند الأجل يزيدية.

وقوله: (فَقَالُوا: يُمنع مطلقًا) أي: سواء كان الثمن الثاني أقل، أو أكثر، أو مساويًا، نقدًا أو إلى أجل دون الأجل، أو إلى الأجل نفسه أو أبعد.

ابن بشير: ولا خلاف في ذلك، وعلله بأن السلعة المردودة سلف، وما خرج من الثوب والذهب أو المحمدية مبيع بما في ذمة المشتري من الفضة أو اليزيدية مع ما فيه من الصرف المستأخر أو البذل المستأخر.

وتبرأ المصنف من هذا بقوله: (قالوا) لإشكاله؛ لأن القياس على ما تقدم في البيع والصرف: أن يجوز إذا كان المنقود أكثر من المؤجل جداً؛ لانتفاء التهمة فيه كانتفائها فيما تقدم في قوله: (إلا أن يكون المتعجل أكثر من قيمة المتأخر جداً) ولا فرق بين المسألتين.

ويدل على أن هذا الوجه هو المقتضي للتبرؤ ما وقع في بعض النسخ: (وعندي في النقد الربوي على جميع الثمن، الظاهر: الجواز).

وقوله: (الربوي) أي: الزائد على جميع الثمن، ولم يصرح بتعميم المنع في الصور كلها من غير خلاف إلا ابن بشير، وإنما أطلق غيره من المتقدمين.

وعلى هذا ففي كلام ابن بشير نظر؛ لاحتمال أن يكونوا أطلقوا المنع اتكالا على ما ذكره في الصرف.

وقد صرح اللخمي به هنا، فقال: ينبغي الجواز حيث يكون الثمن المعجل أكثر من الثمن المؤجل بأمر بين فأحرى، وهو نحو ما نسب المصنف لنفسه.

وَلَوْ بَاعَهُ بِعَشْرَةٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ مَعَ سِلْعَةٍ نَقْدًا بِمِثْلِ الثَّمَنِ، أَوْ أَقَلَّ، أَوْ أَكْثَرَ لَمْ يَجْزُ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ وَسَلَفٌ...

هذه المسألة الثانية المحال عليها أولاً، ومعناها: أنه إذا باع ثوباً بعشرة إلى شهر ثم اشتراه مع ثوب آخر بعشرة لم يجز؛ لأنه قد آل أمره إلى أن ثوبه رجع إليه وخرج منه عشرة يأخذ عنها بعد شهر عشرة وقد ازداد ثوباً أولاً.

وإذا ظهر لك هذا في الشراء بمثل الثمن كان فيما إذا اشتراها بأكثر أوضح، وهي الصورة الثالثة من كلام المصنف.

أما إذا اشتراها بأقل كما لو اشتراها بثمانية نقداً، فقد رجع إليه ثوبه وآل الأمر إلى أنه دفع ثمانية دنائير نقداً أخذ عنها ثوباً نقداً وعشرة دنائير إلى أجل، لا خفاء في فسادها لأنه بيع وسلف.

وقد صرح المازري وابن عبد السلام: بأن المنع في المثل وأقل لسلف جر نفعاً كما ذكرنا.

فقول المصنف: (لأنه يبيع وسلف) يحتمل أن يعود على صورة الأكثر وفيه بعد، ويحتمل أن يعود على الثلاث وهو ظاهر كلام ابن بشير.

فكأنه وزع المنقود على السلعة الزيدة من جهة المشتري وعلى ما يقتضيه عند الأجل من ذمته، فيجتمع فيه البيع والسلف، وتقرير المازري أظهر، والله أعلم.

وَكَذَلِكَ بِأَكْثَرِ مِنْهُ أَوْ بِمِثْلِهِ إِلَى أَبْعَدَ، وَيُعَدُّ الْمُشْتَرِي مُسْلِفًا، بِخِلَافِ الْأَقْلَ عَلَى الْأَصَحِّ...

أي: ويلتحق بالصور الثلاث في المنع صورتان أيضاً:

الأولى: أن يشتري ذلك الثوب مع سلعة أخرى بأكثر من الثمن الأول إلى أبعد من الأجل الأول، إلا أن البائع كان في المسألة السابقة مسلماً وفي هذه المشتري هو المسلف.

مثاله: إذا باع ثوباً بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه مع ثوب آخر باثني عشر إلى شهرين، فقد رجع إليه ثوبه وآل أمرهما إلى أن المشتري يدفع للبائع عند تمام شهره عشرة، وقد كان أعطى مع الثوب المسترجع ثوباً آخر يدفع له البائع عن ذلك كله اثني عشر، والمشتري مسلف وبائع.

وأما الصورة الثانية: وهي ما إذا كان بمثل الثمن الأول فلا مانع، وإنما تبع المصنف ابن بشير، فهو الذي ذكر المنع وحده ولا وجه له.

وقد نص ابن محرز والمازري على الجواز، وبيانه: أن البائع إذا اشترى الثوب الذي كان باعه مع ثوب آخر بمثل الثمن الأول إلى أبعد، فقد رجع إلى يد البائع ما خرج منها، وأخذ الآن ثوباً مع عشرة يأخذها من المشتري عند حلول الأجل، فالمشتري وإن كان مسلماً ولكنه سلف لم يعجر نفعاً بل جر له خسارة.

وإذا ظهر لك الجواز في المثل ففي أقل من باب أولى، فلا معنى للخلاف في قوله: (عَلَى الْأَصَحِّ) فإن المنع لا حظ له في الصحة فضلاً عن أن يكون صحيحاً مقابللاً للأصح. ولم يذكر المازري في هذه المسألة غير الجواز، نعم ذكر ابن بشير الخلاف وهو مشكل.

تنبيه :

هذه المسألة تتصور فيها اثنتا عشرة صورة كما تقدم في غيرها، وتصورها واضح وتعرض المصنف للحكم فيما إذا اشتراها بالنقود، والحكم فيما إذا اشترى إلى أجل أبعد وسكت عما إذا اشتراه لأقل من الأجل؛ لأنه مساو للنقد، وعما إذا كان اشتراه إلى الأجل؛ لأن الحكم حيثئذ الجواز.

وَلَوْ كَانَ ثَوْبًا بِعَشْرَةٍ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِخَمْسَةٍ وَسِلْعَةٍ لَمْ يُجْزَ؛ لِمَا تَقَدَّمَ

هذه المسألة عكس التي قبلها، فإن زيادة السلعة كانت في الأولى من المشتري الأول وفي هذه من البائع الأول.

ومعناها: أن من باع ثوبًا بعشرة إلى شهر مثلاً ثم اشتراه بخمسة وشاة.

وصورها أيضاً اثنتا عشرة؛ لأن البيعة الثانية إما أن تكون بأقل من الثمن الأول، أو بمثله، أو أكثر نقداً، أو إلى الأجل نفسه، أو إلى أقل منه، أو أبعد.

ولا يجوز منها إلا إذا كان البيع إلى الأجل نفسه، ببيان ذلك: أن ثوبه قد رجع إليه فصار لغواً، وآل الأمر إلى أنه دفع خمسة وشاة نقداً يأخذ عنها عشرة إلى شهر، وذلك بيع وسلف، وكذلك إذا كان يدفع الخمسة إلى نصف شهر، وإن كان يدفع الخمسة بعد شهر فكذلك، إلا أن المشتري هنا هو السلف.

وأما إذا كانت الخمسة تحل بحلول الأجل الأول فلا مانع؛ لوجوب المقاصة.

وحذف المصنف (إلى أجل) في قوله: (ولو كان ثوبًا بعشرة، ونقداً) من قوله:

(واشتراه بخمسة) اعتماداً على ذكرهما في الصورة المتقدمة؛ لأنها مثلها في المعنى.

ولهذا أشار إلى اشتراكهما في العلة في قوله: (لَمْ يُجْزَ؛ لِمَا تَقَدَّمَ).

وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِعَشْرَةٍ فَأَكْثَرَ جَازَ، خِلَافًا لِابْنِ الْمَاجْشُونِ فَإِنَّهُ جَعَلَ السِّلْعَةَ مَبِيعَةً بِالسِّلْعَةِ، وَالْعَشْرَةَ الْمُؤَجَّلَةَ وَالْعَشْرَةَ النَّقْدَ سَلْفًا، وَهُوَ وَهْمٌ، وَصَحَّحَ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ...

أي: لو باع ثوبًا بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه بشاة وعشرة أو أكثر نقداً، جاز عند ابن القاسم؛ لأن مآل أمر البائع أنه دفع شاة وعشرة دنائير أو أكثر نقداً يأخذ عوضاً عن ذلك العشرة دنائير إلى شهر، ولا تهمة فيه.

ومنع ذلك ابن الماجشون، قال: ولا سيما إن كان الثوب المدفوع آخرًا أدنى من الأول.

ومن هذه خرج التونسي المنع في المسألة المتقدمة كما تقدم.

وبين المصنف سبب المنع بقوله: (فَإِنَّهُ جَعَلَ...) إلخ، أي: جعل السلعة العائدة إلى يد

البائع - وهي التي خرجت من يده أولاً - مبيعة بالسلعة الخارجة من يده ثانيًا، وجعل العشرة النقْد سلفًا في العشرة المؤجلة، فيكون بيعًا وسلفًا، وقال: وهو وهم، أي: والجعل المذكور وهم.

وبين علة وهمه بقوله: (وَصَحَّحَ الْبَيْعَ الْأَوَّلَ) أي: أن الثوب إنما يكون مبيعاً بالشاة في الفرض المذكور إذا قدرنا أنه انتقل إلى ملك المشتري، وإذا انتقل إلى ملك المشتري الأول في المعاوضة الأولى لزم أن تكون تلك المعاوضة صحيحة، وإذا صحت كانت العشرة قد تقرر في ذمة المشتري الأول من بيع صحيح، وذلك مانع؛ لأنه يعد قضاء عن سلف، إذ الشيء الواحد لا يكون ثمنًا وسلفًا.

وحاصله: أن تصحيح الأولى يستلزم صحة ما بعدها لعدم السلف وهو ظاهر، إن كان عبد الملك قد قال: (جعلت السلعة...) إلخ، وإن كان إنما قال بالمنع، وتناولوا عليه ذلك، فقد يعلل المنع بغير ما ذكر وهو الضمان؛ لأنه ضمنه السلعة بالشاة وتعجيل العشرة.

وَفِيهَا مَسْأَلَتَا الْحِمَارِ وَالْفَرَسِ

وقع هنا نسختان: (منها)، و(فيها) والثانية أحسن؛ لأن الضمير في: (فيها) يعود على «المدونة».

والضمير في: (منها) ظاهره أنه عائد على بیاعات الآجال وهما ليستا منها، ويحتمل أن يعود أيضاً على «المدونة».

وتسمى الأولى منها مسألة البرذون لفرضها فيه في أصل «المدونة»، وفرضها [البرادعي]^(١) في فرس.

والثانية ذكرها ربيعة وهي موافقة لأصول المذهب، ولذلك أتى بها سحنون.

فَالأُولَى: إِذَا أَسْلَمَ فَرَسًا فِي عَشْرَةِ أَثْوَابٍ، ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ قَبْلَ الْأَجَلِ مَعَ خَمْسَةِ لَمْ يَجْزْ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ بَيْعٍ وَسَلْفٍ، وَضَعٌ وَتَعْجَلٌ، وَحُطُّ الضَّمَانِ وَأَزِيدُكَ...

أي: فالمسألة الأولى، وتصورها ظاهر، ثم أخذ يتكلم على بيان العلل الثلاث، فقال: فَأَمَّا الْبَيْعُ وَالسَّلْفُ، فَمَبْنِيٌّ عَلَى الْمَشْهُورِ مِنْ أَنَّ الْمُعْجَلَّ لِمَا فِي الذِّمَّةِ مُسَلَّفٌ، ثُمَّ يَقْتَضِيهِ مِنْ ذِمَّتِهِ، عِنْدَ أَجَلِهِ لَا أَنَّهُ آدَاهُ وَبَرِيٌّ، وَصَوَّبَ الْمُتَأَخِّرُونَ الشَّاذَّ...

أي: أن البيع والسلف يبنين على المشهور من أن المعجل لما في الذمة مسلف، ثم يقتضيه من ذمته عند أجله؛ لأنه لما ترتب له في ذمته عشرة أثواب إلى شهر ثم أعطاه

خمسة الآن وفرساً، فالخمس سلف يقتضيها من نفسه عند تمام الشهر، والفرس مبيع بالخمس الأخرى.

وأما على الشاذ من أن المعجل لما في الذمة لا يعد مسلفاً ويبرأ، فيجوز كما لو كان حالاً، وهو قول البرقي.

ولكن لا يدل هذا على أنه يجيز المسألة للعلتين الأخيرتين.

وقوله: (وصوب...) إلخ، فمن ذلك ما احتج به اللخمي من أنه لو كان مسلفاً لرب الدين للزم إذا أفلس المعجل أن يكون لغرمائه القيام على رب الدين ويأخذوا منه ما عجله له بمثابة من له دين وعليه دين، ثم قام الغرماء على أحدهما، فإن الآخر لا يكون أحق بما في ذمته.

ورده المازري، وابن بشير: بأن أدنى درجات الأثواب المعجلة في هذه الصورة أن تكون هنا بيد من عجلت له فيكون أولى بها.

وأجيب: بأن مشهور المذهب في الرجلين إذا كان لكل منهما دين على الآخر، أنه ليس لغير المفلس منهما التمسك بما في ذمته رهناً، بل يحاص فيه الغرماء، خلافاً لأشهب في الاختصاص.

ورد بأن المعجل في مسألة الأجل لأجل المؤجل فصار كالرهن به بخلاف الدينين ابتداء.

وصوب ابن بشير الشاذ لعلة أخرى، وهي: أنهما قصدا إلى براءة الذمة، فينبغي أن يمضيا على ما قصدا، وتعجيل السلف حتى يقتضي من الذمة بعيد.

وَالثَّانِي عَلَى أَنَّ الْفَرَسَ يُسَاوِي أَقْلًا

أي: والمانع الثاني - وهو: ضع وتعجل - يدخل المسألة بتقدير أن الفرس مساو لأقل من خمسة، كما لو ساوى أربعة تبقى ستة عجل له منها خمسة على أن وضع عنه السادس، والمعروف منع وضع وتعجل.

وحكى بعضهم عن ابن القاسم جوازه، ابن زرقون: أراه عنه وهماً.

وَالثَّالِثُ عَلَى أَنَّهُ يُسَاوِي أَكْثَرَ

أي: ويدخل المانع الثالث على تقدير أن يكون الفرس يساوي أكثر، كما لو ساوى ستة

فتبقى أربعة، فيحط عنه ضمانها على أن يزيده ثوباً.

قال في «المدونة»^(١): ويدخله تعجل حقه وأزيدك دخولاً ضعيفاً.

فائدة :

شرط ضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك اتحاد الجنس، أشار إليه التونسي وغيره.

وقد نص مالك في «الموازية» على أنه لو أخذ عرضاً في دينه قبل أجله يساوي أقل ما له عليه مع تخالفهما أن ذلك جائز، وإن كان أقل من القيمة كثيراً. ولم يخالف في ذلك إلا الليث.

وكذلك نص ابن يونس على أن ضع وتعجل لا يدخل إلا الجنس الواحد، لكنه قال: وأما حط الضمان وأزيدك يدخل في الجنس والجنسين فيما لا يجب تعجيله.

ولهذا أول صاحب «النكت»^(٢) قول مالك في هذه المسألة: أنه يدخلها ضع وتعجل.

وقول ربيعة في الذي بعدها على أن المراد إنما هو خوف أن يقصدا بهذا الفعل ضع وتعجل [وليس ذلك نفس ضع وتعجل]^(٣).

وإذا تقرر هذا ظهر لك أنه لا ينبغي أن تعلل هذه المسألة بضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك؛ لاختلاف العوضين وهما الفرس والأثواب، ولهذا لم يعتمد الأشياخ إلا على المانع الأول، ولأنه عام ساوى خمسة، أو أقل، أو أكثر بخلافهما.

وقيل: تجوز

أي: وقيل تجوز هذه المسألة، لا يقال هذا تكرار؛ لأنه فهم من قوله أولاً، وصوب المتأخرون الشاذ؛ لأن ذلك خلاف في القاعدة وهذا خلاف في المسألة، ولا يلزم الخلاف في القاعدة القول بجواز هذه المسألة؛ لما تقدم أن هذا الشاذ لم يقع نصاً في عينها، وإنما وقع في نظيرها لابن القاسم في «الموازية»: فيمن أسلم ذهباً في عبيدين أو فرسين، فعوض عنهما قبل الأجل عبداً مثل شرطه وعرضاً معه، ذلك جائز مع أن أحد العبيدين المعجل سلف وقد عوض عن الآخر بالعرض.

(١) «المدونة» (٣/ ١٦٦).

(٢) «النكت والفروق» (٢/ ٤٢).

(٣) سقط من ط.

وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمَرْدُودُ عَيْنَ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ غَيْرَهُ وَالْمَزِيدُ مُعْجَلًا، فَإِنْ كَانَ الْمَزِيدُ مُؤَخَّرًا مُنْعَ؛
لَأَنَّهُ دَيْنٌ بَدِينٍ، وَبَيْعٌ وَسَلْفٌ مُحَقَّقٌ.

قوله: (عَيْنَ رَأْسِ الْمَالِ) أي: الفرس أو غيره، يعني: من غير جنسه، وأما إن كان غيره - وهو موافق - فسيأتي.

وهذا هو صورة المسألة المتقدمة، وإنما ذكره ليواطئ لقوله: (فَإِنْ كَانَ الْمَزِيدُ مُؤَخَّرًا...) إلخ، يعني: فإن كانت الأثواب التي مع الفرس مؤخرة عن الأجل فهو فسخ دين في دين، وهو مراده بقوله: (لَأَنَّهُ دَيْنٌ بَدِينٍ).

وقوله: (وَبَيْعٌ وَسَلْفٌ) أي: بيع الخمسة الأثواب بالفرس مع تأخير الدين عن أجله الذي وجب قضاؤه فيه، وذلك سلف بلا إشكال ولا خلاف؛ لأن الخلاف إنما هو فيمن عجل ما أجل هل يعد مسلماً أم لا؟ أما من أخر ما عجل، فإنه يعد به مسلماً اتفاقاً.

فإن قيل: من شرط فسخ الدين في الدين التي فسرت به كلامه أن يكون في الجنس على أكثر مما في الذمة، أو يكون في غير الجنس، وقد انتفى كل واحد منهما هنا.

فجوابه: لا نسلم الانتفاء؛ لجواز أن يكون الفرس يساوي ستة فتبقى أربعة فسخها في خمسة إلى أبعد، قال معناه ابن عبد السلام.

خليل: ويمكن أن يعلل المنع في تعليل الأثواب بعلة أخرى، وهي: السلف بزيادة والضمان بجعل؛ لأنه إذا أخر الخمسة كما ذكرنا يحتمل أن تكون الفرس لا تساوي الأربعة فيكون ضماناً بجعل، ويحتمل أن يكون ستة فيكون قد أسلف أربعة بخمسة، فتأمل.

وإن كَانَ إِلَى مِثْلِهِ جَازَ

أي: وإن كان المزيد إلى الأجل جاز؛ لأن الفرس حينئذ مبيع بخمسة، والخمسة الأخرى باقية إلى الأجل نفسه، ولا مانع منه، وأورد أن ظاهره يقتضي أنه وقعت زيادة ولم تقع، بل الخمسة باقية إلى الأجل نفسه، وكذلك أيضاً قوله: (إلى مثل الأجل) وإنما هو في نفس الأجل.

وأجيب: بأنه سماها زيادة بالنسبة إلى المعاوضة الأولى، وأطلق المثل وأراد به النفس، وهو كأحد التأويلين في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ﴾ [الشورى: ١١] أي: ليس كذاته شيء، والتأويل الثاني أن الكاف رائدة.

فَإِنْ كَانَ الْمَرْدُودُ مِثْلَهُ مُنِعَتِ الصُّورُ كُلُّهَا؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ بِزِيَادَةٍ

يعني: فإن كان المردود عن الفرس فرساً آخر مثل الفرس، فقد آل أمرهما إلى أنه أسلفه فرساً رد إليه مثله، وكل ما يعطيه معه فهو زيادة لأجل السلف.
وقوله: (الصُّورُ كُلُّهَا) أي: سواء كان المزيد منقوداً في الحال، أو إلى الأجل الأول، أو أبعد.

الثَّانِيَةُ: إِذَا بَاعَ حِمَارًا بِعَشْرَةِ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ وَدِينَارًا نَقْدًا لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ وَسَلَفٌ، وَضَعَ وَتَعَجَّلَ، وَذَهَبٌ وَعَرَضٌ بِذَهَبٍ مُتَأَخِّرٍ
أي: المسألة الثانية، وتصورها ظاهر، وذكر لها ثلاثة موانع:

الأولى: بيع وسلف؛ لأن المشتري تقررت في ذمته عشرة دنانير دفع عنها معجلاً الحمار الذي اشتراه مع دينار ليأخذ من نفسه عند حلول الأجل عشرة، تسعة عوض عن الحمار ودينار عن الدينار المتقدم.

وقوله: (وَضَعَ وَتَعَجَّلَ) أي: على تقدير أن يكون الحمار يساوي ثمانية فأقل.

وقوله: (وَذَهَبٌ وَعَرَضٌ بِذَهَبٍ مُتَأَخِّرٍ) ظاهر من الكلام الأول.

ولا يدخل هنا حط الضمان وأزيدك، إذ لا ضمان في العين.

هَذَا إِذَا كَانَ الْبَيْعُ نَسِيئَةً وَالْمَزِيدُ عَيْنًا مُعْجَلًا

ليس غرضه بهذا الاحتراز عن شيء، وإنما هو الحكم المتقدم، ولكن ذكره ليرتب عليه ما بعده.

فَإِنْ كَانَ مُؤَخَّرًا عَنْهُ، أَوْ إِلَى مِثْلِهِ، أَوْ دُونَهُ امْتَنَعَ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ بِدَيْنٍ، إِلَّا أَنَّهُ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ إِلَى الْأَجَلِ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ حَقِيقَتَهُ يَبِيعُهُ بِالْبَعْضِ...

اسم (كان) عائد على المزيد؛ يعني: بشرط أن يكون من العين، سواء كان مماثلاً أو مخالفاً، ويدل ذلك على أن مراده العين.

قوله بعد ذلك: (فَإِنْ كَانَ الْمَزِيدُ غَيْرَ عَيْنٍ) فإن قيل: لم لا يعود الضمير في (كان) على العين المزيد مع الحمار سواء كان من جنس الثمن أو لا؟
قيل: لو أراد ذلك لقال: كانت؛ لتأنيث العين.

وقوله: (دَيْنٌ بَدَيْنَ) أي: فسخ دين في دين، وقوله: (إِلَى مِثْلِهِ) أي: إلى الأجل نفسه، وقوله: (إِلَّا اسْتِثْنَاءً مِنَ الْمَمْتَنَعِ) أي: إلا أن يكون المزد من جنس الثمن إلى الأجل وهو جائز، كما لو باعه حماراً بعشرة إلى شهر، ثم استرده وديناراً يأخذه عند تمام الشهر، وعلله بقوله: لأن حقيقته يبعه بالبعض، أي: لأن حقيقة الأمر فيه ومآله أنه اشترى الحمار بتسعة دنائير من العشرة، ولا محذور فيه.

خليل: وعلى هذا فالصور ستة؛ لأن المزد له صورتان: موافق، ومخالف، وكل منهما إما: إلى دون الأجل، أو إلى نفس الأجل، أو أبعد منه، لا يجوز منها إلا صورة واحدة، وهي التي استثناها المصنف بقوله: (إِلَّا أَنَّهُ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ إِلَى الْأَجْلِ).

وقد يعمل المنع بغير ما ذكره المصنف، فيعمل فيما إذا كان المزد من غير جنس الثمن الأول بالصرف المؤخر، ويعمل فيما إذا كان المزد من جنس الثمن الأول إلى أبعد من الأجل بالبيع والسلف، والله أعلم.

فَإِنْ كَانَ الْمَزِيدُ غَيْرَ عَيْنٍ مُعْجَلًا جَازَ، وَإِلَّا مَنَعَ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ فَسَخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ

هذا قسم قوله: (والمزد عيناً) أي: وإن كان المزد مع الحمار عرضاً غير عين، فإن كان معجلاً جاز؛ لأنه باع عيناً في الذمة بعرض وحمار ولا مانع، وإلا - أي: وإن لم يكن العرض معجلاً بل كان مؤخراً، وسواء كان إلى الأجل، أو أبعد، أو أقل - منع؛ لأنه فسخ دين في دين، أي: لأنه انتقل من الدين الذي له في ذمة المشتري إلى حمار معجل وعرض مؤجل.

وَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ نَقْدًا لَمْ يُقْبَضْ وَالْمَزِيدُ مُعْجَلًا، جَازَ كَغَيْرِهِ مِنَ الْقَضَاءِ، وَإِلَّا مَنَعَ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ فِي النَّقْدِ الْمِثْلِيُّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ مُحَقَّقٌ، وَفِي غَيْرِهِ فَسَخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ أَوْ صَرَفٌ مُسْتَأْخَرٌ...

مراده بالنقد المعجل لا النقد الذي هو مقابل العرض، يعني: فإن باع الحمار بعشرة دنائير مثلاً نقداً ولم يقبضها البائع فأعطاه المشتري الحمار وزيادة عوضاً من تلك الدنائير، فإن عجل الزيادة التي مع الحمار جاز كغيرها من الصور، وهذا صحيح إن لم تكن الزيادة فضة، فإن كانت فضة فدخله البيع والصرف، فأجره على ما تقدم.

وأطلق المصنف اعتماداً على ما تقدم، وفي معنى هذه الصورة: ما لو باعه بدراهم يزيديّة ثم استردها مع زيادة محمديّة، أو بالعكس.

قوله: (وَلَا مَنَعَ مُطْلَقًا) أي: وإن لم يكن المزيد معجلًا بل تأخر امتنع مطلقًا؛ لأنه إن كان المزيد من جنس الثمن الأول فهو تأخير في بعض ذلك الثمن بشرط، وذلك سلف اقترن بالبيع.

وهذا معنى قوله: (لأنه في النقد المثلي بيعٌ وسلفٌ مُحَقَّقٌ) وإن كان المزيد من غير جنسه، فإن كان عينًا فهو صرف مستأخر، وإن كان غير عين فهو فسخ دين في دين. وظاهر كلامه: أنه إذا كان المبيع أولاً نقدًا أنه لا يختص الممتنع منه بقوم دون قوم. وقيد ابن أبي زيد بأهل العينة؛ لأن البيعة الأولى نقدًا بخلاف القسم الذي قبله، فيتهم فيه أهل العينة وغيرهم.

وخالفه غيره وأبقاه على إطلاقه كالمصنف؛ لأن الفساد هنا أقوى، إذ الفساد في البيعة الثانية لا يتوقف على انضمامه إلى الأولى، بخلاف بيعوع الآجال إنما يتم فيها الفساد بالبيعتين، وما يتصور فيه الفساد بنفسه أقوى مما يتوقف على غيره.

وقيد ابن أبي زيد أيضًا المنع فيها بأن المشتري لم ينقد العشرة أولاً، إذ لو نقد لجاز أن يشتري البائع منه معجلًا ومؤجلًا؛ لأنها بيعة ثانية، وهو ظاهر تقييد المصنف بقوله: (لَمْ يُقْبَضْ)، وخالفه غيره ورأى أن المنع يتصور في المسألة وإن نقد؛ لأنه يقدر أنه اشترى الحمار بتسعة على أن أسلفه قابضها العاشر إلى الأجل.

فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مِنَ الْبَائِعِ جَازَ مُطْلَقًا

أي: وإن استرد البائع الحمار الذي باعه على أن دفع البائع للمشتري زيادة وأخذ الحمار جاز مطلقًا، سواء كانت البيعة الأولى نقدًا أو إلى أجل، كان المزيد من جنس الثمن أو لا.

إِلَّا أَنْ تَكُونَ مُؤَجَّلَةً مِنْ صِنْفِ الْمَبِيعِ فَيُمْتَنَعُ؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ بِزِيَادَةٍ

أي: إلا أن تكون تلك الزيادة حمارًا مؤجلًا، وهو مراده بقوله: (مِنْ صِنْفِ الْمَبِيعِ فَيُمْتَنَعُ) وعلل المنع بسلف بزيادة، أي: يعد المشتري كأنه أسلف البائع حمارًا يقضيه منه إلى أجل على أن أسقط البائع عنه العشرة التي له في ذمته، وهذا سلف بزيادة.

وَيُفْسَخُ الثَّانِي مِنْ بَيُوعِ الْآجَالِ بِاتِّفَاقٍ دُونَ الْأَوَّلِ عَلَى الْأَصَحِّ

يعني: إذا وقعت بيعات الآجال على الوجه الممنوع، كما لو باعها بعشرة إلى شهر ثم

اشترها بثمانية نقدًا، فقال المصنف، والمازري: يفسخ البيع الثاني باتفاق، أي: إذا كانت السلعة قائمة، كما يدل عليه كلامه بعد.

فإن قيل: ففي الاتفاق نظر؛ لأن اللخمي حكى عن ابن عبدوس أنها لا تفسخ، ولكن لا يكون للمشتري الثاني - وهو البائع الأول - إذا حل الأجل الأول إلا ما خرج من يده.

قيل: قد نازعه المازري في نقل هذا القول هكذا، وقال: الذي نقله غيره من هذا القول أنه يمنع من رد المبيع من يد مبتاعه الأخير بشرط أن يفوت، فيحتمل أن يقول كقوله بامضاء البيعتين مع الفوات، كما سيأتي.

وقوله: (دُونِ الْأَوَّلِ عَلَى الْأَصَحِّ) هو قول ابن القاسم في «المدونة»^(١)؛ لأن الفساد إنما دار مع الثاني وجودًا وعدمًا، وبالقياص على اقتضاء الطعام من ثمن الطعام وشبهه.

ومقابله لابن الماجشون: فسخ البيعتين، قال: إلا أن يصح أنهما لم يتعاملا على العينة، إنما وجدها تباع فابتاعها بأقل من الثمن، فتفسخ البيعة الثانية فقط.

ووجهه: أن الفساد إنما حصل من مجموع البيعتين؛ لانتهاهما أنهما قصدا دفع القليل في الكثير؛ ولأنه ظاهر قول عائشة - رضي الله عنها - فقد روى مالك عنها: أن محبة - أم ولد لزيد بن أرقم - ذكرت لعائشة - رضي الله عنها - أنها باعت من زيد عبدًا بثمانمائة إلى العطاء، ثم ابتاعته بستمائة نقدًا، فقالت عائشة: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أبلغني زيدًا أن قد بطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب. فقالت لها: أرايت إن تركت المائتين وأخذت ستمائة؟ قالت: نعم ﴿فَمِنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] (٢).

وظاهره فسخ البيعتين. ورواه بعضهم: «بئس ما شريت»، «أو بئس ما اشتريت» على الشك من الراوي.

وفي هذا الخبر دليل على المنع فيما قلناه من هذه البياعات.

أبو محمد: ولم تطلق عائشة ما قالت إلا وتحريم ذلك عندها مقرر.

ابن يونس^(٣): يريد أن ذلك لا يعلم قياسًا، وإنما يعلم من طريق التوقيف من

(١) «المدونة» (٣/ ١٦٧).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٥٢) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٧٩).

(٣) «الجامع» (٨ / ٢٠١).

النبي ﷺ.

وقول من قال من أصحابنا: لعلها إنما قالت ذلك لوقوع البيع إلى العطاء وهو مجهول، ليس بظاهر؛ لأن المنقول عن عائشة - رضي الله عنها - جواز البيع إلى العطاء، ولأن آخر الآثار ينافية.

وضعف بعض الشيوخ هذا الخبر لما فيه من قولها: (أبطل جهاده) وظاهره: إبطال الذنوب للأعمال، وهو خلاف كتاب الله، وحديث نبيه ﷺ، ومذهب جماعة أهل السنة.

عياض: ووجه تأويل قولها عندي - على موضوع كلام العرب ومجاز لفظها - أنها رأت أن مقارنة هذا الذنب من مثله والافتداء به فيه، واقتداء من يأتي بعده بفعله ويجعله حجة بين الله وبينه، مما يرجح مجموع هذا في الميزان على جهاده مع النبي ﷺ.

فَإِنْ فَاتَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي الثَّانِي وَالْقِيَمَةُ أَقْلُ فُسْخًا عَلَى الْأَصَحِّ

الفوات هنا يكون بحالة السوق وغيرها كما في البيوع الفاسدة، ونص عليه سحنون هنا، وقيل: لا تفتيتها حوالة سوق وإنما تفتيتها العيوب المفسدة أو ذهاب عينها، ونقل أيضاً عن سحنون، وابن كنانة، وإليه ذهب التونسي وغيره.

يعني: فإن فاتت السلعة بيد البائع الأول - وهو المشتري الثاني - وكانت قيمتها أقل من الثمن الأول - كما لو كانت قيمتها ثمانية والثن الأول عشرة - فسخت البيعتان معاً، ويكون للبائع على المشتري الثمن الذي دفع إليه، وعبر بعضهم عن الأصح بالمشهور.

ووجهه: أنا لو فسخنا الثانية خاصة لزم دفع القيمة معجلاً وهي أقل، ثم يأخذ عنها عند الأجل أكثر، وهو عين الفساد الذي منعنا منه ابتداءً، بخلاف ما إذا لم تفت كما تقدم، أو فاتت وكانت القيمة مساوية للثن الأول أو أكثر، فإننا إذا فسخنا الثانية بقيت الأولى على حالها فلا يلزم محذور، وهذا الأصح من مذهب ابن كنانة وسحنون، وتأول ابن أبي زمنين مذهب ابن القاسم عليه.

والذي نقله اللخمي والمازري وغيرهما عن ابن القاسم فسخ البيعتين مع الفوات مطلقاً؛ لأن البيعتين لما ارتبطت إحداها بالأخرى صارتا في معنى العقد الواحد.

وصرح ابن شاس^(١) بأنه المشهور.

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٥١).

وعلى هذا ففي المسألة ثلاثة أقوال، ولابن مسلمة رابع بفسخ البيعة الثانية مع القيام، فإن فاتت السلعة مضت البيعتان؛ للخلاف في جواز هذه البيوع ابتداء.

ويفهم من تقييده الفوات بأن تكون بيد المشتري الثاني أنها لو فاتت في يد المشتري الأول لفسخت الثانية خاصة، وهو اختيار الباجي^(١)، قال: ولم أره نصا.

بَيْعُ أَهْلِ الْعَيْنَةِ

لما فرغ من بيوع الآجال التي لا تخص أحداً أعقبها ببيع أهل العينة؛ لاتهم بعض الناس فيها.

والعينة: بكسر العين، وهي فعلية من العون؛ لأن البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده.

وقيل: من العناء وهو تجشم المشقة.

وقال عياض: سميت بذلك لحصول العين وهو النقد لبائعها، وقد باعها بتأخير.

مثل: اشتر لي هذه وأربحك، فَإِنْ سَمِيَ الثَّمَنَ وَأَوْجَبَ الْبَيْعَ إِلَى أَجَلٍ فَسَلَفُ جَرٍّ مَنفَعَةٌ...

أي: فإن قال له: اشتر لي وأنا أربحك وسمى الثمن، كما لو قال له: اشترها لي بعشرة وأنا أشتريها باثني عشر إلى أجل فإنه لا يجوز؛ لأنه سلف جر منفعة، ولا فرق بين أن يقول: اشتر لي وأربحك، أو اشتر وأربحك في هذا.

نعم بين الصيغتين فرق من وجه آخر سيأتي.

وإن كَانَ نَقْدًا فَقَوْلَانِ: يَجُوزُ بِجَعْلِ الْمَثَلِ، وَيُمنَعُ

أي: وإن كان الثمن الذي أوجبا به البيع نقداً، مثل: اشتر لي سلعة كذا بعشرة وأنا أشتريها منك باثني عشر نقداً، ففيها قولان:

أحدها: الجواز، ويكون للمأمر جعل المثل.

والثاني: المنع؛ لأنه من بيع ما ليس عندك، وتبع المصنف في هذه المسألة ابن بشير،

وابن شاس^(٢).

(١) «المتقى» (٦ / ٩٣).

(٢) «الجواهر» (٢ / ٤٥٢).

والصواب: جوازها إن كان النقد من الآمر، أو من المأمور بغير شرط؛ لأنه لما قال له: اشتريها لي ولك كذا، فقد استأجره بدينارين على اشتراء السلعة، وإن كان النقد من المأمور بشرط فإجارة فاسدة؛ لأنه استأجره بدينارين على أن يبتاع له السلعة ويسلفه ثمنها من عنده، هكذا نقله ابن رشد^(١)، وابن زرقون وغيرهما.

وإن لم يسم، فجعل المثل

أي: وإن لم يسم الثمن ولم يوجب البيع، فعلى الأمر جعل المثل، ولم يصرح المصنف بأنها جائزة أو لا.

ونص عياض على المنع إذا قال: اشتري لي وأنا أربحك كذا وإن لم يسم ثمنًا، وأنه ربا ويفسخ.

وأما إن قال له: اشتري سلعة كذا وأنا أربحك فيها وأشتريها منك من غير تسمية ربح ولا مراوضة، فنص ابن حبيب على الكراهة، قال: وإن وقع مضى. وكذلك قال مالك: لا أبلغ فيه الفسخ.

عياض: وكذلك كرهوا أن يقول له: لا يحل في أن يعطيك ثمانين بمائة، ولكن هذه السلعة قيمتها ثمانون خذها بمائة.

وقد قسم ابن رشد^(٢) وعياض العينة إلى ثلاثة أقسام: جائز، وممنوع، ومكروه.

فالجائز: أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة، فيقول له: هل عندك سلعة كذا أبتاعها منك؟ فيقول: لا، فينقلب من غير مراوضة ولا تسمية ربح ولا وأي ولا عادة فيشتريها، ثم يلقاه بعد فيخبره أنه قد اشتراها، فيبيعها بما شاء منه نقدًا أو نسيئة.

والمكروه: أن يقول: اشتري لي سلعة كذا وأنا أربحك وأشتريها منك من غير مراوضة ولا تسمية ربح، ولا يصرح بذلك ولا يعرض، فهذا هو الذي قاله ابن حبيب يكره، فإن وقع مضى، وكذلك قال ابن نافع عن مالك كما تقدم.

والحرام: أن يراوضه على الربح ويسمي الثمن، أو يقول: أنا أشتريها على أن تربحني فيها كذا، أو العشرة من كذا.

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٨٨).

(٢) «المقدمات» (٢ / ٥٠ - ٥٦).

ابن حبيب: فهذا حرام، قال: وكذلك لو قال اشترها لي وأنا أربحك، وإن لم يسم ثمنًا. قال: وذلك كله ربا، وليس فيه إلا رأس المال.

وقسم ابن رشد هذا الممنوع على ستة أقسام: ثلاث في قوله: (اشتر لي) وثلاث في قوله: (اشتر) دون أن يقول: (لي).

فأما الثلاث الأول؛ فالأولى: أن يقول اشتر لي سلعة بعشرة نقدًا وأنا أشتريها باثني عشر نقدًا، وحكمها - كما تقدم - : إن كان النقد من عند الأمر أو المأمور بغير شرط فهي جائزة، وإن كان من عنده بشرط فهي إجارة فاسدة؛ لأنه أعطاه الجعل على أن يسلفه، فهي إجارة وسلف، وللمأمور الأقل من الدينار أو جل مثله على مذهب ابن القاسم في السلف والبيع.

وعلى قول ابن حبيب: إذا قبض السلف يكون له أجر مثله بالغًا ما بلغ.

وقال ابن المسيب: لا أجر له.

ابن رشد، وابن زرقون: وهو الأصح؛ لثلا يكون تميمًا للفساد.

الصورة الثانية: أن يقول اشترها لي بعشرة نقدًا وأنا أشتريها منك باثني عشر إلى أجل، وهي الصورة التي ذكرها المصنف أولاً، فهي أيضًا غير جائزة؛ لأنه سلف بزيادة، وتلزم الأمر لأن الشراء كان له، وإنما أسلفه المأمور ثمنها ليأخذ أكثر منه إلى أجل، فيعطيه العشرة معجلة به ويسقط عنه ما أربى.

واختلف فيما يكون له من الجعل على الأقوال الثلاثة.

الصورة الثالثة: أن يقول اشترها لي باثني عشر إلى أجل وأنا أشتريها بعشرة نقدًا. فهي أيضًا غير جائزة حرام؛ لأنه استأجر المأمور على أن يبتاع له السلعة بسلف عشرة دنانير يدفعها إليه فينتفع بها إلى الأجل ثم يردها إليه، فيلزم السلعة باثني عشر إلى أجل، ولا يتعجل المأمور منه العشرة النقد، فإن كان قد دفعها إليه وصرفها عنه ولم تترك عنده إلى الأجل، كان له جعل مثله بالغًا ما بلغ في هذا الوجه باتفاق.

وأما الثلاث الآخر، فهي كهذه إلا في إسقاط (لي):

الأولى: اشتر سلعة كذا بعشرة نقدًا وأنا أشتريها منك باثني عشر نقدًا، أو قال: أنا أربحك، فاختلف فيها قول مالك؛ فمرة أجازه إذا كانت البيعتان نقدًا وانتقد، ومرة كرهه

للمراوضة التي وقعت بينهما في السلعة قبل أن تصير في ملك المأمور.

والصورة الثانية: أن يقول اشتر سلعة كذا بعشرة نقداً وأنا أشتريها منك باثني عشر إلى أجل، فهذا لا يجوز.

ابن حبيب: ويفسخ البيع الثاني إن لم تفت، فإن فاتت ردت إلى قيمتها معجلة يوم قبضها الأمر، كما يصنع بالبيع الحرام؛ لأنه باع ما ليس عنده.

وروى سحنون عن ابن القاسم عن مالك: إذا وقع مضى ويلزم الأمر الاثنا عشر إلى أجلها؛ لأن المأمور كان ضامناً لها، ولو شاء الأمر ألا يشتريها منه كان له ذلك، ويستحب للمأمور أن يتورع فلا يأخذ من الأمر إلا ما نقد.

الصورة الثالثة: أن اشتريها باثني عشر إلى أجل وأشتريها منك بعشرة نقداً، فروى سحنون عن ابن القاسم أنه مكروه، ويمضي إن فات ولا يكون على الأمر إلا العشرة، وظاهر هذه الرواية: أن البيع الثاني يفسخ ما لم تفت السلعة.

وقال ابن حبيب: يفسخ البيع الثاني على كل حال، وإن فاتت ردت إلى قيمتها يوم القبض.

تنبيه :

ما تقدم من تقسيم المسألة لثلاثة أوجه قاله غير واحد، وزاد عياض وجهاً رابعاً مختلفاً فيه، وهو: ما اشتري لباع بثمان بعضه معجل وبعضه مؤجل، وظاهر مسائل الكتاب والأمهات جوازه، وفي «العتبية» كراهته لأهل العينة.

الخيارُ تَرَوْ وَنَقِيصَةٌ، فَالتَّرَوِيُّ بِالْشَّرْطِ لَا بِالْمَجْلِسِ كَالْفُقْهَاءِ السَّبْعَةِ، ابْنُ حَبِيبٍ: وَبِالْمَجْلِسِ لِحَدِيثِ «الْمُوطَأ»...

وسمي التروي من الرأي؛ لأنه يرى فيه رأيه وينظر هل هي غالية أو رخيصة؟ وهل فيها عيب أو لا؟ وخيار النقيصة ما كان من جهة المبيع.

وجعل الخيار قسمين؛ لأن موجه إما من جهة العاقد أو المعقود عليه، أو يقال: إما أن يكون موجه مصاحباً للعقد أو متقدماً، والأول فيهما هو التروي، والثاني فيهما هو النقيصة.

وخيار التروي مستثنى من بيع الغرر للتردد في العقد، لكن أجازاه الشرع ليدخل من له الخيار على بصيرة من الثمن والمثمن، ولهذا قال الشافعي - رضي الله عنه -: لولا الخبر

عن رسول الله ما جاز الخيار أصلاً لا في ثلاث ولا في غيرها.

وفرع الخيار فرع على البيع اللازم؛ لأن الغالب هو اللازم، ولأنه إنما يكون بالشرط. وقوله: (فَالْتَرَوِي بِالْشَّرْطِ لَا بِالْمَجْلِسِ) تنبيه على خلاف الشافعي في قوله بخيار المجلس ما لم يتفرقا.

وحكى ابن شاس^(١) والمصنف وغيرهما أنه قال: كقولنا الفقهاء السبعة.

وذكر المازري، وصاحب «الإكمال»^(٢) أن سعيد بن المسيب لا يقول بخيار المجلس، وهو من الفقهاء السبعة بلا خلاف، وعلى هذا، ففي قوله: (كَالْفُقَهَاءِ السَّبْعَةِ) نظر، وكأن المصنف - والله أعلم - أضاف الحديث «للموطأ»^(٣) لينبه على أنه لا ينبغي أن يقال هنا أن مالكاً لم يعلم الحديث، بل علمه ورواه، ونبه على أنه إنما ترك ذلك لما هو راجح عنده، فقد قال - رحمه الله - في «الموطأ» بعقبه: وليس لهذا حد معروف ولا أمر معمول به فيه.

ابن العربي^(٤): يريد أن تفرقتهما ليس لها وقت معلوم، وقال: وهذه جهالة يقف البيع عليها، فيكون كبيع الملامسة والمنازمة، أو كبيع على خيار إلى أجل مجهول، وما كان كذلك فهو فاسد.

وإلى هذا التأويل - أعني: أنه قصد أن الحديث مخالف لعمل أهل المدينة - ذهب المغاربة وبعض البغداديين.

وذهب ابن القصار وحذاق أئمتنا البغداديين: أن كلام الإمام راجع إلى آخر الحديث: (إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ) أي: ليس لبيع الخيار حد معروف، بل بحسب ما تختبر فيه السلعة، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي أنه ثلاثة أيام في كل شيء.

وقد أكثر أهل المذهب والحنفية من الأجوبة عن هذا الحديث.

وقد أتى بأكثرها المازري في «شرح التلقين»، وابن دقيق العيد في «شرح العمدة»^(٥).

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٥٦).

(٢) «الإكمال» (٥/ ١٥٧).

(٣) «الموطأ» (٢/ ٦٧).

(٤) «المسالك في شرح موطأ مالك» (٦/ ١٥٣)، و«عارضة الأحوذني» (٦/ ٦).

(٥) «إحكام الأحكام» (٢/ ١٠٤) حديث (٢٥٤).

وحدهُ يَخْتَلَفُ باختلافِ السَّلْعِ بقَدْرِ الحَاجَةِ، فَفِيهَا: فِي الدَّارِ الشَّهْرُ وَنَحْوُهُ، وَقِيلَ الشَّهْرَانِ...

تصوره واضح، وطول زمن الخيار في الدار؛ لأنه يحتاج إلى النظر في حيطانها وأساسها ومرافقها، واختبار جيرانها ومكانها مع كونها مأمونة لا يسرع إليها التغيير. وفي قوله: (بَقْدَرِ الحَاجَةِ) إشارة إلى أنه يضرب من أجل أقل ما يمكن قليلاً للغرر المذكور.

وما نسبته المصنف «للمدونة»، المتيطي: هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه، والقول بالشهرين في «الموازية»، وقاله ابن حبيب في «الواضحة»، ونقل عن ابن القاسم، وقال: الأرضون كلها كذلك.

ابن يونس^(١)، وابن رشد: والربع مساو للدار، وجعلا ما في «الموازية» و«الواضحة» من الشهرين تفسير «للمدونة» لا خلافاً كما فعل المصنف. ابن عبد السلام: وينبغي أن يفترق حكم الدار من الأرض؛ لأن الحاجة إلى اختيار الدور أكثر.

وفي «الإكمال»^(٢): عن الداودي: أن المدة في الدار الشهران والثلاثة. وحكى الخطابي عن مالك في الضيعة السنة.

فرع:

ولا يجوز على مذهب ابن القاسم أن يشترط في الخيار سكنى الدار مدة الخيار؛ لأن اختبار ذلك مما يعرف بالنظر إليها.

وقال غير واحد من شيوخ المذهب: يجوز ذلك في الدار؛ لأنه بذلك يختبر جيرانها ويعرف الصالح من الطالح.

قال القاسبي، واللخمي: إن كان المشتري من أهل المحلة فلا يمكن من سكنها؛ لأنه عالم بالجيران، وإن لم يكن من المحلة جاز.

(١) «الجامع» (٨ / ٤١٤).

(٢) «الإكمال» (٥ / ١٦٠).

وَفِيهَا: فِي الرَّقِيقِ الْجُمُعَةُ وَنَحْوُهَا ، وَقِيلَ: شَهْرٌ لِكِتْمَانِهِ عِيُوبُهُ

نقل «المدونة» على المعنى تبعاً لابن شاس^(١)؛ لأنها إنما فيها الجارية لكن لا فرق فيها، والجارية مثل الخمسة الأيام والجمعة وشبه ذلك لاختبار حالها.

ابن المواز: وأجاز ابن القاسم الخيار في العبد إلى عشرة أيام.

محمد: وإن وقع في العبد أو الأمة إلى عشرة أيام لم أفسخه، وأفسخه في الشهر. والقول بالشهر رواه ابن وهب عن مالك.

ابن المواز: وأباه ابن القاسم وأشهب.

وقوله: (لِكِتْمَانِهِ عِيُوبُهُ) يحتمل أن يكون تعليلاً لرواية ابن وهب، ويحتمل أن يكون تعليلاً لطول المدة في الرقيق بالنسبة إلى ما يذكره في الدواب والثياب.

فإن قيل: التعليل بكنم العيوب ليس موجوداً في الصغير.

قيل: التعليل بالمظنة وهو كونه رقيقاً؛ لأن الوقت الذي يكتن فيه عيوبه لا ينضبط كالمشقة في السفر.

وَفِيهَا: تُرَكَّبُ الدَّابَّةُ الْيَوْمَ وَشَبِهُهُ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَرِيدَيْنِ، هَذَا فِي الرُّكُوبِ ، وَإِلَّا فَتَجُوزُ الثَّلَاثَةُ...

أي: أمد الخيار في الدابة يختلف باختلاف ما يريده المشتري، فإن أراد اختبار حالها بالركوب، فنص ابن القاسم في «المدونة»^(٢) على جواز اشتراط اليوم وشبهه والبريد.

الباجي^(٣): يحتمل أن يريد ركوب اليوم في المدينة على حسب ما يركب الناس في تصرفاتهم، والبريد والبريدان لمن خرج من المدينة يختبر سيرها.

ونحوه للخمى قال: إن كان قصده معرفة حسن سيرها فاليوم وبعض اليوم يجزئ من ذلك حسن، وإن أراد سفرًا ليختبر سيرها وصلابتها فالبريدان في ذلك حسن.

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَرِيدَيْنِ) هذا الكلام لأشهب في «المدونة».

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٥٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٠٦).

(٣) «المنتقى» (٦/ ٤٣٢).

واختلف الشيوخ في قول ابن القاسم: البريد، وقول أشهب: البريد، فحمله بعضهم على البريد في الذهاب والرجوع، وكذلك البريدان.

وقال أبو عمران: البريد للذهاب خاصة وللرجوع مثله، وكذلك البريدان للذهاب وللرجوع مثلهما.

وعلى هذا يصح اشتراط سيرها يومين؛ إذ ليس كل دابة تمشي أربعة برد من يومها، وإنما تقطع ذلك الدابة القوية، وعلى هذين التأويلين فابن القاسم، وأشهب مختلفان.

عياض: وقد يحتمل موافقة القولين بريد في الذهاب على قول ابن القاسم، وبريدان أحدهما في الذهاب والآخر في الرجوع على قول أشهب.

وإذا تقرر هذا فاعلم أن نقل المصنف لهذه المسألة ليس كما ينبغي، إذ لم يبين أن الكلام الأول لابن القاسم، ولا أن الثاني لأشهب، ولا هل هو خلاف أو وفاق، ولكن ظاهر كلامه الموافقة؛ لكونه ساقهما مساقاً واحداً.

واختلف: هل للمشتري أن يركب الدابة بمقتضى عقد الخيار ليختبر سيرها وحملها من غير أن يشترط ذلك وهو مذهب أبي عمران، أو ليس له ذلك حتى يشترط وهو مذهب أبي بكر بن عبد الرحمن؟ عياض: وقول أبي بكر هو الصحيح.

قوله: (وَالْأَفْتَجُوزُ الثَّلَاثَةُ) أي: وإن لم يقصد الركوب بل كان القصد تقليبها واختبار حالها، جاز أن يوسع في المدة، نص على ذلك ابن حبيب.

وَفِي الثَّوبِ الثَّلَاثَةُ وَلَا يَشْتَرِطُ لِبَاسُهُ، بِخِلَافِ اسْتِخْدَامِ الرِّقِيقِ

جعلوا الزمان في الثوب كالدابة، وإن كانت الدابة تفتقر في العرف إلى زمان أطول من زمان الثوب؛ لأنه لا يحتاج فيه إلا إلى قياسه ومعرفة الثمن خاصة.

الباجي^(١): لأنه لا يسرع إليه التغير ولا يشترط لباسه.

قال في «المدونة»^(٢): لأنه لا يختبر باللباس كما تختبر الدابة بالركوب والعبد بالاستخدام، لأنه إنما يحتاج إلى قياسه ليعرف طوله وعرضه.

(١) «المنتقى» (٦/ ٤٣٢).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٠٧).

فرع:

فإن شرط لباسه، فقالوا: يفسد العقد، فإذا فسخ لزمه الكراء لأجل اللبس.
ابن يونس^(١): بلا خلاف. ولم يجعلوه كسائر البيوع الفاسدة إذا فسخت، فإنه لا يلزم المشتري رد الغلة.

وذكر ابن يونس عن بعض الأصحاب أنه اختلف إذا فسد البيع باشتراط النقد، هل ضمانها من البائع، أو من المبتاع؟
ابن يونس: فعلى أن الضمان من المبتاع لا يكون عليه الشيء في اللبس كسائر البيوع الفاسدة.

وتأمل كلام ابن يونس، فإن حكايته الخلاف ثانيًا يخالف ما حكاه أولاً من الاتفاق، وقاله أبو الحسن.

وَلَا يُغَابُ عَلَى مَا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ تَارَةً بَيْعًا، وَتَارَةً سَلَفًا

يعني: أنه يجوز شراء ما لا يعرف بعينه على الخيار كالمكيل والموزون، فإذا اشترى على الخيار لم يجز على شرط غيبة المشتري عليه؛ لأنه إن مضى البيع فيه كان بيعًا، وإن لم يمض وجب رده، وقد يكون تصرف فيه ويرد مثله فيكون ذلك سلفًا.

ولم يذكر المصنف مدة الخيار كما في «المدونة»، قال: ومن اشترى شيئًا من رطب الفواكه والخضر على أنه بالخيار، فإن كان الناس يشاورون في هذه الأشياء غيرهم ويحتاجون فيها إلى رأيهم فلهم من الخيار في ذلك بقدر الحاجة مما لا يقع فيه تغيير ولا فساد.

وأطلق المصنف في قوله: (وَلَا يُغَابُ) ومراده: الغيبة بالشرط، وإلا فلو تطوع البائع بإعطاء السلعة للمشتري جاز لأن التعليل يرشد إليه؛ لأنه إنما يكون تارة بيعًا وتارة سلفًا مع الاشتراط كما في الثمن.

فإن قيل: هل يصدق قوله: (ولا يغاب) على البائع كالمشتري.

قيل: ظاهره كذلك.

وقد نص في «الموازية» على امتناع غيبة البائع أيضًا على ما لا يعرف بعينه، قال:

ويخرج عنهما جميعاً.

والتعليل المذكور حاصل، ويقدر كأن المشتري التزمه وأسلفه، فيكون بيعاً إن لم يرده وسلفاً، إن رده. وأجاز بعض الشيوخ أن يبقى عنده، قال: لأنه عين شيء.

فرع:

ولا يجوز في شيء من السلع أن تكون مدة الخيار فيه مجهولة، فإن عقداً على ذلك، كقولهما: إلى قدوم زيد ولا أمانة عندهم على قدومه، أو إلى أن يولد لفلان ولد ولا حمل عنده، أو إلى أن ينفق سوق السلعة ولا سلعة، أو يغلب على الظن عرفاً أنها تنفق فيه، إلى غير ذلك مما يرجع إلى الجهل بالمدة فالبيع فاسد.

لكن إن وقع العقد على أنه بالخيار ولم يعين مدة معلومة ولا مجهولة، فالعقد صحيح، ويحتمل على خيار مثل السلعة كما تقدم، ولو زاد في مدة الخيار على ما هو أمد خيارها فسد البيع.

وَالنَّقْدُ بغيرِ شَرْطٍ جَائِزٌ، وَفِي فَسَادِ الْبَيْعِ بِاشْتِرَاطِهِ قَوْلَانِ
قد تقدم نظائر هذه المسألة، والمعروف مع الاشتراط الفساد.

ابن محرز: ومن المذاكرين من يذهب في هذه المسألة مذهب البيع والسلف، ويقول: إذا أسقط البائع الشرط كان البيع جائزاً.

وذكر في «المقدمات»^(١): أن هذا القول هكذا في «كتاب سحنون».

وَلَوْ طَلَبَ وَفَّقَهُ كَالْغَائِبِ وَالْمُوَاضَعَةُ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا لَمْ يَلْزَمْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْبَرَمْ

يعني: لو طلب البائع وقف الثمن؛ أي: إخراجاً من يد المشتري ووضعه على يد أمين حتى يتبين مال أمر البيع، هل يتم فيأخذه البائع أو لا فيرجع إلى يد المشتري؟

والمشهور راجع إلى الغائب والمواضعة لا إلى الخيار؛ لأن بعضهم حكى في بيع الخيار الاتفاق.

وفرق بينه وبين الأمة المتواضعة وبيع الغائب بما ذكره المصنف، وهو أن البيع فيها قد انبرم وبيع الخيار لم ينبرم.

وحكى ابن عبد السلام عن بعض الشيوخ: أنه جعل الاتفاق من حق البائع، وقاسه على الغائب والمواضعة.

وَلَوْ زَادَ عَلَى مَدَّةِ الْخِيَارِ انْفُسَخَ وَإِنْ أَسْقَطَهُ مُشْتَرِطُهُ

تصوره واضح، وقد تقدم.

وَلَوْ أَسْقَطَ شَرْطَ النِّقْدِ لَمْ يَصِحَّ، بِخِلَافِ مُسْقِطِ السَّلَفِ، وَقِيلَ: مِثْلُهُ

هكذا ثبت في نسخة صحيحة، وهو كال تكرار مع قوله: وفي فساد البيع باشرطه قولان.

لكن ذكره لفوائد ليبين أن الفساد حاصل على القول به، ولو أسقط الشرط وإن عدم الفساد على القول به إنما هو مع إسقاط الشرط، ويشير إلى طلب الفرق بين هذه المسألة على المشهور، ومسألة البيع والسلف.

والفرق على المشهور بينه وبين مسقط السلف: أن الفساد في اشتراط النقد واقع في الماهية؛ لأنه غرر في الثمن، إذ المقبوض لا يدري هل هو ثمن أم لا؟ ومسألة شرط السلف الفساد خارج عن الماهية.

وَإِذَا اشْتَرَى أَوْ بَاعَ عَلَى مَشُورَةِ فُلَانٍ، فَلَهُ الْاسْتِبْدَادُ وَإِنْ لَمْ يُشَاوِرْ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ بَائِعًا...

يعني: أن من اشترى سلعة أو باعها على أن يشاور غيره، ثم أراد أن يبرم البيع أو الشراء دون مشورة، فإن كان بائعاً فله ذلك اتفاقاً، وكذلك له الاستبداد إن كان مشترياً على المشهور، على ما حكاه المصنف، إذ لا يلزم من الاستشارة الموافقة. ومن حجته أن يقول: هب أني اشتريته فلا مانع لي من مخالفته.

والتحقيق عندهم: التسوية بين البائع والمشتري في المشورة والرضا والخيار.

وحكى عياض وابن رشد^(١) أنه لا خلاف منصوص أن لمشرط المشورة تركها، قالوا: إلا ما تأول التونسي على «الموازية» أن المشورة كالخيار.

ونقل ابن أبي زيد أن ابن مزين حكى عن ابن نافع: أنه يرى لفظ المشاورة كلفظ الخيار والرضا.

المازري: وتعقب عليه هذا النقل بأن الذي ذكره ابن مزين عن ابن نافع، أنه إن باع على مشورة فلان على أن فلائاً إن أمضى البيع مضى بينهما.
وهذا اللفظ يقتضي وقف البيع على اختيار فلان، بخلاف ما إذا كانت المشورة مطلقة، ونحوه للخمي.

وهكذا أيضاً رد صاحب «المقدمات» ما تأوله التونسي على «الموازية»، وقال: الذي في «الموازية» إنما هو في مشورة مقيدة.

وكذلك قال عياض: إن ما تأوله التونسي غير صحيح.

ولم أر القول الذي ذكره المصنف بالترقية بين البائع والمشتري، ولعله لاحظ أن البائع أقوى يداً لتقدم ملكه.

وفهم من كلام المصنف جواز الشراء على مشاورة فلان، وما في معناه وهو المشهور.

وروى أصبغ عن ابن القاسم منعه، كمذهب أحمد بن حنبل.

ورواه أيضاً سحنون عنه ثم رجع إلى الجواز، ولعله مبني على أنه رخصة فلا يتعدى المتعاقدين.

فَإِنْ كَانَ عَلَى رِضَاهُ فَقِيلَ: مِثْلُهَا، وَقِيلَ: لَا يَسْتَبَدُّ

أي: فإن اشترى أو باع على رضا فلان.

وقوله: (مِثْلُهَا) أي: في الخلاف، ويحتمل في القول الأول وهو الاستبداد، ويرجح هذا بوجهين:

أولهما: أن ابن عبد السلام قال في الزكاة: إن المصنف إذا شبه مسألة بأخرى وكان قدم في المشبه بها مشهوراً أو راجحاً، فإنه يشبه فيه فقط.

وثانيهما: أن ما يذكره المصنف بعد هذا في الخيار ينفي أن يكون مراده بالتشبيه التشبيه في جميع ما تقدم، كما ستقف عليه.

والقول بأنه يستبد في الرضا، سواء كان بائعاً، أو مشترياً نقله عبد الوهاب^(١) عن ابن القاسم، ونقل عنه قولاً آخر: أن للبائع أن يخالف خيار من اشترط خياره أو رضاه دون

المشتري.

ابن يونس^(١): فلم يختلف قوله: إن البائع له أن يخالف، وإنما اختلف في المشتري. قوله: (وَقِيلَ: لَا يَسْتَبَدُّ ظَاهِرُهُ: كان بائعاً أو مشترياً، وهذا القول هكذا تأول على «المدونة».

وعلى هذا فيتحصل في كل من الرضا والخيار ثلاثة أقوال:

ثالثها: يستبد البائع دون المشتري.

والفرق ظاهر «المدونة»؛ لأن فيها: إذا اشترى على رضا فلان أو خياره، فليس للمبتاع رد ولا إجازة دون خيار من اشترط رضاه.

وقال في البائع: إذا اشترط رضا فلان فرضي فلان أو رضي البائع، فالبيع جائز.

ابن راشد: وحمل ابن أبي زيد وغيره «المدونة» على هذا الظاهر؛ لقوة يد البائع وتقدم ملكه.

عياض: وذهب جماعة في تأويل «المدونة» إلى التسوية بينهما، وأنه ليس لواحد منهما خلاف، ورأوا أنه لما نص فيها على أن المشتري ليس له المخالفة يرد كلامه في البائع إلى ذلك.

ويكون معنى قوله: أو رضا البائع. أي: مع رضا الآخر.

وذهب آخرون إلى التسوية بينهما أيضاً، لكنهم يجعلون من له الرضا كالوكيل لهما، وأن لمشترط رضاه الرضا دونه، لكنهم يقولون: إن سبق من جعل له الرضا بالرضا أو الرد مضى فعله ولم يرد، كالوكيل مع موكله، اشترط ذلك معاً أو أحدهما، ونحوه في «الموازية» وهو اختيار ابن محرر، وأشار إليه أبو إسحاق في البائع.

ويلزمه ذلك في المبتاع، واستدلوا بقوله في «المدونة»^(٢): فإن رضي البائع أو رضي المبتاع، فهو جائز، وفيه نظر.

وقال آخرون: هو حق لهما جميعاً؛ حق للبائع إن أراد إمضاء البيع وأراد فلان الرد، وحق للمبتاع إن أراد فلان إمضاء البيع وأراد البائع الرد.

ومثله: إذا كان مشترطاً ذلك لفلان المبتاع وأراد الآخر الرد، فله ذلك وإن رد فلان،

وكذلك إن أراد فلان الإجازة وأراد المبتاع الرد كان للبائع إلزامه البيع .

ففي اشتراط المبتاع على هذا يلزم البائع رضا المبتاع ، ويلزم المبتاع رضا فلان .

وفي اشتراط البائع يلزم المبتاع رضا البائع ، ويلزم البائع رضا فلان .

وتأول آخرون كلامه في المسألتين في الموضعين على اختلاف من قوله ، لا أنهما اختلاف مسألتين .

فعلى ظاهر قوله في البائع أولاً له مخالفته يلزم مثله في المبتاع ، وعلى قوله في المبتاع آخرًا: ألا يخالفه التفريق بين اشتراط البائع والمبتاع ، وهذان القولان هما للذان حكى عبد الوهاب .

ومنهم من تأول جوابه في المسألة أولاً أن البائع اشترط ذلك لنفسه خاصة ، وجوابه آخرًا في المشتري أن الشرط لهما جميعًا .

ونحوه لأبي محمد بن أبي زيد وغيره من القرويين ، وهذا الأصل عند الحذاق ، وهو نص ما في «الواضحة» ، واختيار ابن لبابة .

ومنهم من قال: إن (أو) في قوله: (فإن رضي البائع ، أو رضي فلان البيع) بمعنى الواو ، ومنهم من تأولها على الفرق بين الرضا والخيار ، فإن اشترط رضا فلان فله أن يخالفه ، وإن اشترط خياره فليس له أن يخالفه .

فَإِنْ كَانَ عَلَى خِيَارِهِ، فَقِيلَ: مِثْلُ رِضَاهُ، وَقِيلَ: لَا يَسْتَبَدُّ، وَقِيلَ: الْجَمِيعُ سَوَاءٌ

هذا مما يبين لك أنه لم يرد بالتشبيه التشبيه في جميع ما تقدم؛ لأنه لو أراد ذلك لاستغنى عن قوله: (وقيل: لا يستبدُّ) وعلى هذا يكون المصنف إنما شبه الرضا بالمشورة في القول الأول وهو الاستبداد؛ لأنه أصل المذهب .

ثم حكى قولاً ثانياً في الرضا بنفي الاستبداد ، ثم شبه الخيار بالرضا في القول الأول وهو الاستبداد ، ثم حكى قولاً ثانياً وهو نفي الاستبداد ، ثم قال: وقيل: الجميع سواء ، فيستفاد منه قول ثالث في المشورة بنفي الاستبداد ، ويستفاد فيها قول ثالث بالفرق بين البائع والمشتري .

هذا أنسب ما قيل ، وفيه نظر؛ لأنه كان يمكنه أن يجمع الرضا والخيار والمشورة ، ويذكر في الجميع ثلاثة أقوال .

ونقل عن أبي علي ناصر الدين أنه كان يعتذر عنه بأن ما ذكره طرق لا أقوال، وفيه نظر؛ لأنهم لم يذكروها طرقاً، ولا إشكال في وجود الثلاثة الأقوال في الخيار والرضا. وأما المشورة: فقد ذكرنا أن ابن رشد وغيره حكى الاتفاق، وذكرنا أننا لم نطلع على القول الذي ذكره المصنف بالتفرقة فيها.

نعم يتحصل فيها ثلاثة أقوال على ما نقله المصنف من التفرقة. وعلى ما نقله ابن أبي زيد عن ابن نافع، لكن قد قدمنا عليه الاعتراض في ذلك. ابن عبد السلام: والصواب التسوية بين البائع والمشتري، والصواب التفرقة بين شرط المشورة والرضا، وأن الخيار كالرضا.

وفيها: **الخِيَارُ بَعْدَ الْبَيْتِ لِأَحَدِهِمَا لَازِمٌ، وَقِيدٌ إِنْ كَانَ نَقْذًا، وَإِلَّا أَدَّى إِلَى خِيَارِ بَيْعِ الدَّيْنِ، وَفِي ضَمَانِهِ حَيْثُ نَذَرَ قَوْلَانِ...**

قال فيها: ومن اشترى سلعة من رجل ثم جعل أحدهما لصاحبه الخيار بعد تمام البيع، فذلك يلزمهما إذا كان يجوز في مثله الخيار، وهو بيع مؤتلف بمنزلة بيع المشتري لها من غير البائع.

وقيدها أكثر الشيوخ بشرط أن يكون انتقد الثمن في سلعة وإلا لم يجز ذلك؛ لأن البائع حينئذ يكون أخذ عن دين وجب له سلعة بخيار وذلك لا يجوز، وإليه أشار بقوله: **(وَقِيدٌ إِنْ كَانَ نَقْذًا، وَإِلَّا أَدَّى إِلَى خِيَارِ بَيْعِ الدَّيْنِ)** أي: بيع الدين بخيار. وأبقى اللخمي «المدونة» على ظاهرها من الجواز مطلقاً.

فعلى هذا يكون هذا التقييد مخالفاً «للمدونة».

ولهذا يقع في بعض النسخ: **(وقيل)** باللام على هذه الطريقة، والنسخة الأولى أحسن؛ لأنها على طريق الأكثر.

ووجه ما ذهب إليه اللخمي: أن القصد بهذا التخيير إنما هو تطيب نفس من جعل له، وليس المقصود منه حقيقة البيع حتى يلزم عليه هذا المانع المذكور؛ ولأن البيعة الأولى قد تمت، فإذا جعل المشتري لبائعها الخيار، فقد صار المشتري كبائع سلعة على الخيار، وكأنها شيء ثان لا تعلق له بالأول.

وقوله: **(وَفِي ضَمَانِهِ حَيْثُ نَذَرَ قَوْلَانِ)** أي: أنه اختلف في ضمان المبيع على خيار بعد

بيعه على البت، ففي «المدونة»^(١): هو من المشتري لأنه صار بائعاً.

ابن يونس، والمازري وغيرهما: وظاهرهما سواء جعل البائع الخيار للمشتري أو العكس، قالوا: وروي عن المخزومي أنه قال: إن جعله البائع للمشتري فالضمان منه؛ لأنه خيار ألحقه بعقده فكأنه فيه، وإن جعله المشتري للبائع، فالضمان منه لأنه صار بائعاً.

وعلى هذا، فإن جعله المشتري فالضمان منه اتفاقاً، وإن جعله البائع فقولان، بناء على أن اللاحقات بالعقود هل تقدر واقعة فيها أم لا؟

فقد أطلق المصنف في محل التقييد.

وَالْمَلِكُ لِلْبَائِعِ، فَإِلَامُضَاءُ نَقْلٌ لَا تَقْرِيرٌ، وَقِيلَ: لِلْمُشْتَرِي بِالْعَكْسِ

يعني: أن المشهور أن بيع الخيار منحل والسلعة على ملك البائع، فإذا أمضى البيع كان ذلك نقلاً للسلعة إلى ملك المشتري.

والشاذ: أنه منبرم، فالإمضاء تقرير لما انبرم أولاً.

وَالْغَلَّةُ لِلْبَائِعِ، إِذِ الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ

أي: ما يحدث في أيام الخيار من غلة، كلبن، وبيض، وثمرة ونحو ذلك، فهو للبائع؛ لما رواه الترمذي وصححه: أنه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «الخراج بالضمان»^(٢).

والضمان من البائع اتفاقاً، ولا يقال: الاتفاق على الضمان يرد قول من قال: إن الملك قد انتقل؛ لأن الملك لم ينتقل للمشتري انتقالاً تاماً، فيبقى الضمان مستصحباً من البائع. قاله المازري، وهذا الحكم عام في أنواع الغلة، إلا في الصوف فإنه للمشتري؛ لكونه كان موجوداً يوم البيع، نص عليه اللخمي، وهو ظاهر، وقد أشار المصنف إليه بقوله:

وَلَوْ وَلَدَتِ الْأُمَةُ فَأَمْضَى، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَتَّبِعُهَا كَالصُّوفِ. وَقَالَ أَشْهَبُ: كَالْغَلَّةِ فَيَنْفَسَخُ، وَقِيلَ: أَوْ يُحْمَعَانِ فِي مَلِكٍ. وَقِيلَ: أَوْ فِي حَوْزٍ.

يعني: لو باع أمة على خيار فولدت في أيام الخيار وأمضى من له الخيار البيع، فقال

(١) «المدونة» (٣/ ٢١٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) والترمذي (١٢٨٥) والنسائي (٤٤٩٠) وفي «الكبرى» (٦٠٨١) وابن ماجه (٢٢٤٣) وأحمد (٢٤٢٧٠) وابن حبان (٤٩٢٧) والحاكم (٢١٧٨) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥١٩) من حديث عائشة رضي الله عنها، وحسنه الألباني - رحمه الله -.

ابن القاسم: الولد للمشتري كصوف الغنم.

وهو مقتضى كلامه أن أشهب يوافق على الصوف، وإلا لما حصل لاستشهاده به كبير فائدة، وهو مقتضى كلامه في «الجواهر»^(١).

وعلل ذلك بأن الصوف مشتري؛ لأنه إذا اشترى كبشاً وعليه صوف فكأنه اشتراهما.

وقال أشهب: بل يكون للبائع كالغلة، فإن بنينا على قول ابن القاسم فلا تفرع، وإن بنينا على قول أشهب، فهل يفسخ أو يجبران على الجمع بينهما؟ قولان، بناء على أن ما أوجبه الأحكام هل هو كالدخول عليه أو لا.

وعلى الثاني فهل يكفي الحوز وهو ظاهر كلام أشهب، أو لابد من الملك، قولان.

ابن محرز: والصحيح الملك.

ابن بشير: هو الأصل.

وكان حق المصنف أن يؤخر القول بالفسخ ويقدم القولين بعد؛ لأنهما تأولا على أشهب، فهما من تمام قوله السابق، والقول بالفسخ لغيره، لكن ممن وافقه على أن الولد للبائع وتعقب فضل بن سلمة، وابن أبي زمين هذه المسألة من حيث إن الأمة ولدت في أيام الخيار، وذلك يستلزم بيعها بقرب الولادة، وبيع الحامل المقرب لا يجوز.

وأجاب فضل: بأن البائع لم يخير المشتري بحملها، فلم يدخل على الفساد.

ورده المازري: بأن حمل المرأة لا يكاد يخفى قبل ولادتها بيومين أو ثلاثة.

ورواه أيضاً ابن محرز وعياض: بأن المشهور أن علم أحد المتبايعين بالفساد يوجب فساد البيع.

وأجاب ابن محرز، والمازري: بأن المرض عند ابن القاسم وأشهب - وإن بلغ الخوف على صاحبه - لا يمنع من صحة بيع المريض، وإنما يمنع إذا بلغ السياق.

وحاصله: أن بيع الأمة المقرب صحيح، وقد تقدم أن الأصح صحته.

وأجاب عياض: بأنه يمكن أن يكون باعها في آخر الشهر السادس وولدت في أول السابع، وفيه نظر؛ لحمل المعنى على معنى نادر.

وعارض الباجي^(١) قول ابن القاسم هنا، بأنه قال فيمن اشترى عشر جوار من مائة يختارهن، فلم يختار حتى وضعن، لم يكن له خيار في الأمهات، ويفسخ البيع للفرقة، فجعل الولد للبائع هنا وفي الأولى للمشتري، وكلا العقدین مدخول فيه على خيار.

وأجيب: بأن مسألة «المدونة» وقع فيها العقد على معين، بخلاف الأخرى.

وقيل في مسألة العشر الإمام: أنه لا يفسخ ويكون الولد للبائع، ويجمع بينهما في ملك أو يباعان.

وَمَا يُؤْهَبُ لِلْعَبْدِ لِلْبَائِعِ، وَقِيْدَ فِي غَيْرِ الْمُسْتَتْنَى مَالُهُ

يعني: إذا وهب للعبد المبيع بالخيار مال في مدة الخيار فهو للبائع، قاله في «المدونة»، وقيده ابن الكاتب، وأبو بكر بن عبد الرحمن بأن يباع بغير ماله، وأما لو بيع بماله لتبعه هذا المال الموهوب كما تبعه ماله المشتري لأجل الشرط.

وَمَا يُعَدُّ رَضًا مِنَ الْمُشْتَرِي فَهُوَ رَدٌّ مِنَ الْبَائِعِ. قَالَ اللَّخْمِيُّ: قَدْ يُوجَرُ الْبَائِعُ؛ لِأَنَّ الْغَلَاتَ لَهُ وَلَا يُعَدُّ رَدًّا...

أخذ - رحمه الله - يتكلم على ما يدل على الرضا، ونقل ابن شاس^(٢) هذا الضابط عن سحنون، قال: قال سحنون: وكل ما يعد من المشتري قبولاً فهو من البائع إذا كان له الخيار فسخ.

فقوله: ما يعد من المشتري قبولاً، يريد: والخيار له.

اللخمي: ولا يجزئ ذلك مطلقاً؛ لأن الغلات للبائع، فإذا أجره أو أسلمه للصنعة، فإنما فعل ما هو له، فلا يكون ذلك رضاً، بخلاف المشتري فإن الإجارة في حقه دليل على الرضا.

ابن بشير: وهذا الذي قاله اللخمي يختلف الأمر فيه، فإن طول الإجارة أو مدة التعليم يظهر مع هذا أنه قصد الرد.

وقوله: (وَمَا يُعَدُّ) يريد: من الفعل؛ لأن القول لا يقال فيه يعد لدلالته وضعاً، فلا يرد عليه قول المشتري أمضيت المبيع ونحوه، فهو رضاً منه بالشراء، وكذلك هو أيضاً رضاً

(١) «المنتقى» (٦/ ٤٣٤).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٦٦).

من البائع .

وَيَكُونُ بَتْرَكٌ وَفِعْلٌ ، فَالْتَرَكُ الْإِمْسَاكُ عَمَّا يَدُلُّ إِلَى انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ

(يَكُونُ) أي: الرضا ، أو يعود على (ما) في قوله: (وما يعد) فإن قلت: قوله:

(وَيَكُونُ بَتْرَكٌ وَفِعْلٌ) يدل على أن الترك يدل على الرضا .

وقوله بعد ذلك: (فَالْتَرَكُ الْإِمْسَاكُ عَمَّا يَدُلُّ) يقتضي أن الترك لا يدل على الرضا ،

فيلزم أن يكون الترك دليلاً على الرضا وغير دليل عليه .

قيل: متعلق بدل محذوف للدلالة عليه ، تقديره: أي: الإمساك عما يدل من قول أو

فعل .

وتقييد الدلالة بالقول أو الفعل أخص من مطلق الدلالة ، فلم ينف عن الترك الدلالة

مطلقاً .

وقد صرح بذلك ابن شاس^(١) ، فقال: وأما الترك فمثل إمساكه عن القول أو الفعل

الدالين على تعيين أحد الوجهين إلى أن تنقضي مدة الخيار .

وَهُوَ اخْتِيَارُ لَهَا مِمَّنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، وَإِلَّا فَالْعَكْسُ

يعني: أن إمساك السلعة إلى انقضاء المدة اختيار لها بالرد إن كانت بيد البائع ، والخيار

له وإمساكها إلى انقضاء المدة اختيار لأخذ السلعة إن كانت بيد المشتري والخيار له ، وإلا

فالعكس ، أي: وإن لم تكن في يد من له الخيار وأمسك من له الخيار عما يدل إلى انقضاء

المدة ، فإذا كان الخيار للبائع والسلعة في يد المشتري وأمسك عما يدل على الصفة المذكورة ،

كان ذلك اختياراً لعوض السلعة فهو إمضاء ، وإذا أمسك المشتري عما يدل على الصفة

المذكورة والخيار له والسلعة في يد البائع فهو اختيار للثمن ورد للسلعة .

فَلِذَلِكَ كَانَ اخْتِيَارًا مِنْهُمَا لِمَنْ هِيَ فِي يَدِهِ

أي: فلما قلناه من أن إمساك السلعة اختيار لها من هي بيده وبالعكس ، كان الإمساك

اختياراً من كل واحد من المتبايعين إذا كان الخيار لهما لمن هي في يده ، أي: فلاجل الطرد

والعكس كان سكوتهما معاً يرد البيع ، وإن كانت بيد المشتري فهو اختيار منهما .

والفرق بين هذا وبين ما تقدم؛ أن الأول أفاد الحكم إذا كان الخيار لأحدهما، والثاني أفاد الحكم إذا كان الخيار لهما.

وَفِي قُرْبِهِ بَرَدَهُ قَوْلَانِ

أي: وفي رد المبيع بخيار بقرب انقضاء المدة، وعدم رده.

والأول في «المدونة»^(١)، ففيها: وإن كان بعد غروب الشمس من آخر أيام الخيار، أو كالغد أو قرب ذلك فذلك له، واحتج بالتلوم للمكاتب.

والقول بأنه ليس له ذلك بالقرب لأشهب وابن الماجشون، قالوا: بغروب الشمس من آخر أيام الخيار ينقطع الخيار؛ لأن المؤمنين عند شروطهم.

وعلى المشهور، فإن شرط في بيع الخيار إن لم يأت بالسلعة قبل مغيب الشمس من آخر أيام الخيار لزم البيع، ففي «المدونة» لم يجز هذا البيع، أرأيت إن مرض المبتاع أو حبسه سلطان.

لكن عورض ذلك بقوله في «المدونة» في غير موضع: إذا اشترط البائع على المبتاع إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بيننا، أن العقد صحيح والشرط باطل.

فعارض الأشياخ إحدى هاتين المسألتين بالأخرى، وخرجوا من الثانية الخلاف في الأولى، وإن كان بعضهم فرق بينهما بفرق فليس بالقوي.

والقول الثاني عند ابن عبد السلام أظهر، وهو الذي اقتضاه الشرط، وسببهما ما قرب من الشيء هل يعطى حكمه أم لا؟

وَالْفِعْلُ: مِثْلُ الْعِتْقِ، وَالْكِتَابَةِ، وَالْاِسْتِيلَاءِ، وَتَرْوِيجِ الْأُمَّةِ، وَالْوَطْءِ، وَقَصْدِ التَّلَذُّذِ

لما فرغ من بيان الترك شرع في الفعل، ولا خفاء في دلالة العتق، والكتابة، وترويج الأُمّة، والوطء على اختيار من له الخيار من المتبايعين، وفي معنى الكتابة التدبير، والاستيال، والعتق إلى أجل.

وقوله: (وَقَصْدِ التَّلَذُّذِ) أي: إذا أقر بذلك، ففيها: وإن كان الخيار للمبتاع فجردها في أيام الخيار ونظر إليها، فليس ذلك رضا إلا أن يقر أنه فعل ذلك قصد التلذذ، قال: ونظر المبتاع إلى فرج المرأة رضا؛ لأن الفرج لا يجرد في الشراء ولا ينظر إليه إلا النساء، أو من

يحل له الفرج.

وَكَذَلِكَ رَهْنُ الْمَبِيعِ وَإِجَارَتُهُ وَإِسْلَامُهُ لِلصَّنْعَةِ، وَتَزْوِيجُ الْعَبْدِ، وَالسَّوْمُ بِالسَّلْعَةِ، خِلَافًا لِأَشْهَبَ فِي أَنَّهُ يُحْلَفُ مَا كَانَ ذَلِكَ رِضًا .

الأفعال ثلاثة أقسام:

الأول: متفق على أنه يعد رضا، وهو ما تقدم.

والثاني: لا يعد رضا باتفاق، كاختيار العمل.

والثالث: مختلف فيه، وهو الذي ذكره المصنف هنا.

أي: المشهور أن هذه الخمسة دال على الرضا بامضاء البيع إن كانت من المشتري، أو رده إن كانت من البائع، ولا يقبل قوله: إنه لم يرد بذلك رضا، قاله في «المدونة»^(١).

وخالف أشهب فرأى أن ذلك لا يدل على الرضا بعد يمينه، لكن ذكر في «المدونة»^(٢) يمينه على ثلاثة منها فقط، قال فيها: ولم ير أشهب الإجارة، وتزويج العبد، والرهن، والسوم، والجنابة، وإسلام العبد للصنعة، وتزويجه العبد رضا بعد أن يحلف في الرهن، والإجارة، وتزويج العبد.

لكن في «الموازية» عنه النص على اليمين في الجميع.

ولا يخفى عليك الفرق بين تزويج الأمة والعبد على قوله، وقول أشهب ظاهر في السوم والإجارة والإسلام للصنعة إن كانت مدة ذلك تنقضي في مدة الخيار، وبعيد في الرهن والتزويج.

وَأَمَّا بَيْعُ الْمُشْتَرِي، فَقِيلَ: الرَّبْحُ لِلْبَائِعِ، وَقِيلَ: يُخَيَّرُ فِيهِ وَفِي نَقْضِهِ، وَقِيلَ: يُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ بَائِعٌ بَعْدَ أَنْ اخْتَارَ...

أطلق الأفعال المتقدمة ولم يضيفها لبائع ولا لمشتري؛ إشارة إلى أن الحكم متحد فيه، وقيد مسألة البيع بالمشتري؛ لأن هذه الأقوال لا تتصور إلا فيه، ومعناه: أن المشتري لو باع والخيار له قبل أن يخير البائع باختياره أو يشهد على اختياره، فاختلف فيه على ثلاثة

(١) «المدونة» (٣/ ٢١٦).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢١٦).

أقوال:

أحدها: أن الربح للبائع، نقله اللخمي عن ابن المواز.

ثانيها: رواية ابن زياد في «المدونة» أن بيعه ليس باختيار ورب السلعة بالخيار، إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء نقض البيع.

وطرح سحنون التخيير من هذا القول، وصوب ابن يونس طرح سحنون، قال: لأنه إنما يتهم أن يكون باع قبل أن يختار، فيقول له البائع: قد بعث ما في ضمانني فالربح لي، وليس له نقض البيع؛ لأن بيع المبتاع لا يسقط خياره، فلو نقض البيع لكان له أخذ السلعة بمقتضى الخيار.

وهذا التضعيف هو الذي أراده بقوله: وضعف، وإنما يتم هذا التضعيف إذا كانت أيام الخيار لم تنقض، وأما إن انقضت فالمشتري لا يمكنه أخذ السلعة بعد النقض.

ثالثها: حكاه ابن حبيب عن مالك وأصحابه، وهو لابن القاسم في بعض روايات «المدونة».

وفي «الموازية»: أنه بصدق مع يمينه إن كذبه صاحبه، وظاهر كلام المصنف - وهو ظاهر الرواية - أنها يمين تهمة تتوجه على البائع وإن لم يحققها.

وقال في «النوادر»^(١): يريد بعلم يدعيه، ونحوه لابن يونس.

وكان الشيخ - رحمه الله - رأى أن قوله في الرواية: إن كذبه صاحبه يناسب أنها دعوى محققة، زاد في هذا القول: وإن قال بعث قبل أن أختار فالربح لربه؛ لأنه في ضمانه، وصوبه اللخمي؛ لأن الغالب فيمن وجد ربحاً أنه لا يدفعه لغيره.

وَلَا يَقْبَلُ أَنَّهُ رَدٌّ أَوْ اخْتِيَارٌ لَفْظًا إِلَّا بَيِّنَةٌ

أي: فإن ادعى من له الخيار بعد انقضاء المدة أنه كان قد رضي فلا يقبل ذلك إلا بينة تشهد له بصحة دعواه؛ لأنه ادعى شيئاً الأصل عدمه.

فَإِنْ طَرَأَ مَانِعٌ، فَفِي الْمَوْتِ يَنْتَقِلُ إِلَى وَارِثِهِ، وَلَيْسَ لِمَنْ اخْتَارَ التَّمَسُّكَ إِلَّا بِالْجَمِيعِ...
أي: فإن طرأ مانع، ففي الموت ينتقل إلى وارثه، وليس لمن اختار التمسك إلا بالجميع... وانتقله

(١) «النوادر والزيادات» (٦/ ٣٩٧).

إلى الوارث ظاهر؛ لأن من مات عن حق فلورثته.

المازري: فإن مات المشتري وترك وارثاً واحداً يحوز ماله، فإنه يحل محله فيخير بين قبول المبيع بنصيبه من الثمن، ولا مقال هنا للملتزم الشراء؛ لكونه قد وصل إلى غرضه واستكمل جميع حقه في الميراث.

وإن لم يرض البائع التشقيص كلف من أجاز أن يرد ما في يده ليكمل جميع المبيع لبائعه، هذا القياس عند أشهب، والاستحسان عنده أن يمكن من أراد الإجازة من أخذ نصيب من رد ويدفع جميع الثمن للبائع لترتفع العلة التي شكلها من التبعض، لكن القياس أن البائع لما رد عليه الممتنع عن الإجازة لنصيبه عاد إلى ملكه على ما كان، فلا يلزمه بيعه إلا ممن أحب، وهذا التفصيل يجري في موت المشتري والبائع. انتهى.

فقوله: (وَلَيْسَ لِمَنْ اخْتَارَ التَّمَسُّكَ إِلَّا بِالْجَمِيعِ) محتمل للقياس والاستحسان؛ لأن الجميع يحتمل أن يريد به جميع الورثة، والباء للمصاحبة، أي: ليس له التمسك إلا مع اختيار جميع الورثة وهو القياس.

ويحتمل أن يريد بالجميع جميع السلعة وهو الاستحسان، وهذا تقرير هذا المحل.

ولا يقال: لعل المصنف أراد بقوله: (وَلَيْسَ لِمَنْ اخْتَارَ...) إلخ، أن من اشترى سلعة ثم أراد الإجازة، فليس له أن يتمسك إلا بجميعها؛ لأن السياق ينفيه. واعلم بأنه إنما نص في «المدونة» على ما ذكرناه من القياس والاستحسان في ورثة المشتري.

وظاهر كلام المصنف: أنه لا فرق في ذلك بين ورثة البائع والمشتري، ولعله بنى على كلام المازري المتقدم وهو أحد الطريقين؛ لأن الشيوخ اختلفوا هل يدخل القياس والاستحسان في ورثة البائع؛ فمنهم من قال يدخل وينزل الراد من ورثة البائع منزلة المجيز من ورثة المشتري فيدخله القياس: وهو أنه ليس له إلا نصيبه.

والاستحسان: وهو أن له أن يأخذ نصيب أخيه المجيز؛ لأن الذي أراد الإجازة من ورثة البائع قد رضي بإخراج نصيبه من يده وأخذ الثمن فيه، فإذا قال للذي أراد إبطال البيع: أنا أخذ نصيبك وأعطيتك الثمن الذي أردته ودعوت إليه، كان ذلك له، كما للمجيز من ورثة المشتري أن يأخذ نصيب أخيه الراد، وإلى هذا ذهب ابن أبي زيد في غير «المختصر».

وقال بعض القرويين: لا يدخله الاستحسان، وليس لمن رد أن يأخذ نصيب من أجاز؛ لأن من أجاز إنما أجاز للأجنبي لا لأخيه.

تنبيه :

أقام الشيخ أبو محمد صالح على ما نقله عنه أبو الحسن من قوله: إن الخيار يورث أن الثنيا تورث، أي: الجائزة.

وهي إذا قال المشتري بعد تمام البيع: إن جئت بالثمن فسلعتك رد عليك؛ أعني: إذا مات المتطوع له بها.

واختلف إذا مات المشتري الذي تطوع بالثنيا، هل يلزم ذلك ورثته وهو قول أبي إبراهيم، أو لا يلزم ورثته وهو قول أبي الفضل راشد، واختاره أبو الحسن؟

واحتج أبو إبراهيم بما نقله ابن يونس عن «الموازية» في الذي قال لأمته: إن جئتني بألف درهم فأنت حرة فمات، أن العتق يلزم ورثته إن جاءتهم بالألف.

أبو الحسن: ولا حجة فيه؛ لأن هذه قطاعة وهي من ناحية الكتابة وهي لازمة، وفي «المستخرجة» عكسه: أن العتق لا يلزمهم.

وذكر ابن الهندي فيمن باع سلعة بثمن إلى أجل على أن يبقى الدين إلى أجله فمات المطلوب، ثم مات الطالب بعده، أن ورثة الطالب لا يلزمهم التأخير، وهو يدل على أن الثنيا لا تلزم ورثة المشتري.

وفي الجنون: يَنْظُرُ السُّلْطَانُ

أي: إذا جن من له الخيار من بائع أو مشتر، فإن الحاكم ينظر في ذلك فيفعل المصلحة من رد أو إمضاء، ولا خلاف فيه، قاله ابن عبد السلام.

وفي الإغماء: يُوقَفُ، فَإِنْ طَالَ فُسِّخَ، وَقَالَ أَشْهَبُ: كَالْجُنُونِ

تصوره واضح، وقوله: (فَإِنْ طَالَ فُسِّخَ) أي: وليس له أن يجيز، وقول أشهب مقيد ببقاء أمد الخيار وإلا تعين الرد.

ووقع لابن القاسم في العرصة المعارة يريد هدمها المعار والمعير غائب، أن السلطان ينظر فإن رأى أخذ النقص لرب العرصة بقيمته ملقى فذلك له.

فعارضها بعضهم بقوله هنا، وقال: يجب على قوله في العرصة أن يكون له هنا إجازة البيع كقول أشهب.

ابن يونس^(١): ويمكن أن يفرق بينهما بأن الإغماء الغالب زواله عن قرب، والغائب قد تطول غيبته فكان كالمجنون والصبي.

خِيَارُ النَّقِصَةِ: وَهُوَ نَقْصٌ يُخَالِفُ مَا التَزَمَهُ الْبَائِعُ شَرْطًا أَوْ عُرْقًا فِي زَمَانٍ ضَمَانِهِ...
هذا هو النوع الثاني، و(ما) موصولة، أو نكرة موصوفة.

وقوله: (شَرْطًا أَوْ عُرْقًا) بيان لموجب الالتزام، والأولى أن يقول: ما ثبت بنقص، إذ النقص سبب للخيار لا نفس الخيار، فلا ينبغي أن يعرف الخيار بالنقص.

فإن قيل: لعله عرف المضاف إليه وهو النقيصة، كأنه قال: والنقيصة التي توجب الخيار نقص، إلى آخره.

قيل: لو قصد ذلك لقال: وهي، وقد يقال: أعاد الضمير عليها باعتبار معناها، وفيه بعد.

فإن قلت: هو تعريف غير جامع؛ لأن خيار النقيصة يكون أيضًا بتغير فعلي، ولم يذكره.

وقد ذكره ابن شاس^(٢)، فقال: ما ثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي، أو قضاء عرفي، أو تغير فعلي.

قيل: هو راجع إلى الشرطي، ألا ترى قوله بعد ذلك: والتغير الفعلي كالشرطي، لكن قد يقال: إنه غير جامع من وجه آخر؛ لأن عيوب الدار تخالف ما التزمه البائع ولا توجب خياراً.

وأجيب: لا يرد هذا على القول بأنها توجب الخيار كغيرها، وعلى القول الأخير فهذا على خلاف القياس، وفيه نظر.

وقوله: (فِي زَمَانٍ ضَمَانِهِ) أي: أن النقص المذكور لا بد أن يكون حاصلًا في الزمان الذي يضمن فيه البائع المبيع للمبتاع.

(١) «الجامع» (٨ / ٤١٧).

(٢) «الجواهر» (٢ / ٤٦٨).

فَالشَّرْطِيُّ: مَا يُؤَثَّرُ فِي نَقْصِ الثَّمَنِ كَصَانِعٍ، وَكَاتِبٍ، وَتَاجِرٍ

لما قسمه أولاً إلى قسمين تكلم على الأول، والظاهر أن الشرطي ما يشترطه المشتري.

وفي «البيان»^(١): إذا نادى الذي يبيع الجارية في الميراث أنها عذراء أو غير ذلك، ثم وجد خلافه كان له الرد، فنزلوا هذا منزلة الشرط.

فَإِنْ شَرَطَ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ وَلَا مَالِيَّةَ فِيهِ، أُلْغِيَ عَلَى الْمَعْرُوفِ

كما لو اشترط أنه أُمِّي فيجده كاتباً، أو جاهلاً فيجده عالماً، ومقابل المعروف ذكره صاحب «البيان»^(٢) وابن زرقون، فلا التفات إلى قول ابن بشير: لا أعلم فيه خلافاً، وقد يجري الخلاف فيه على وجوب الوفاء بشرط ما لا يفيد.

وَمَا فِيهِ غَرَضٌ وَلَا مَالِيَّةٌ فِيهِ، فِيهِ رَوَايَتَانِ

هذا يتصور في حق بعض الناس، كما لو اشترى أمة على أنها نصرانية فوجدها مسلمة، وقال: أردت أن أزوجه غلامي النصراني، أو اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرًا، وقال: عليَّ يمين ألا أطأ الأبقار، أو اشترط جنسًا فوجدها من جنس آخر أرفع، وقد ذكر ابن بشير، وابن شاس القولين.

قال في «البيان»^(٣): والصحيح أن له الرد عملاً بالشرط، وحصل صاحب «البيان»، وابن زرقون فيه وفي الذي قبله ثلاثة أقوال:

الأول لسحنون: أن له الرد.

والثاني: مخرج على رواية ابن نافع في مسلم غر نصرانية نكحته على أنه نصراني أنه لا خيار لها، فأحرى أن يقول ذلك في الأمة.

والثالث في سماع عيسى: إن كان له وجه رد به وإلا فلا، ومثله في «المدونة».

وَالْعُرْفِيُّ: مَا تَقْتَضِي الْعَادَةُ بَأَنَّهُ إِنَّمَا يَدْخُلُ عَلَى السَّلَامَةِ مِنْهُ مَا يُؤَثَّرُ فِي نَقْصِ الثَّمَنِ، أَوْ الْمَبِيعِ، أَوْ فِي التَّصَرُّفِ، أَوْ خَوْفًا فِي الْعَاقِبَةِ...

(أل) في (العرفي) للعهد؛ أي: والنقص العرفي، و(من) في قوله: (منه) لبيان

(١) «البيان والتحصيل» ٨ / ٣٢٦.

(٢) «البيان والتحصيل» ٨ / ٣٢٦.

(٣) «البيان والتحصيل» ٨ / ٣٢٦.

الجنس، ومعنى كلامه: والعيب العرفي الذي تقتضي العادة الدخول على السلامة منه.
وقوله: (فِي نَقْصِ الثَّمَنِ) أي: من غير نقص في المبيع، كما لو وجده أبقاً، أو سارقاً، أو في المبيع من غير نقص في الثمن، كالخصاء في العبد، أو نقص التصرف، كالعسر أو التخثيث في العبد، أو خوفاً في العاقبة، كجذام أحد الأبوين إذ يخشى عليه حيثئذ الجذام.

فَالْعَمَى، وَالْعَوْرُ، وَالْقَطْعُ وَنَحْوُهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ

لما ذكر ضابطاً كلياً شرع في تعداد العيوب لتكون كالمثال لما ذكره، وهو ظاهر.
ابن عبد السلام: وهذا الاتفاق إنما يصح في بيع الغائب، وأما الحاضر فقد يدخل بعض هذا الخلاف من اختلافهم في البيع الظاهر، هل للمشتري القيام به أم لا؟ ويمكن أن يريد المصنف الاتفاق على كون هذه الأشياء وشبهها عيوباً، لا على وجوب القيام بها.

وَالْخِصَاءُ عَيْبٌ

يعني: في العبيد، وهو ظاهر.

وَسُقُوطُ ضَرْسَيْنِ عَيْبٌ، وَالْوَّاحِدُ فِي الْعَلِيِّ

تصوره ظاهر، وخص الأضراس تبعاً للباقي^(١) والمازري.

ولعل ذلك على جهة المثال؛ لأن سقوط سنينٍ مطلقاً عيب، ففي «الواضحة»: وما زاد على السن الواحدة فهو عيب في كل العبيد ما كان في مقدم الفم أو مؤخره.

وفي قوله: (وَالْوَّاحِدُ فِي الْعَلِيِّ) نظر من وجهين:

أحدهما: تخصيص الأضراس.

والثاني: ظاهره أنه مطلق في الأمة والعبد، وهو خاص بالرائعة.

ابن عبد السلام: وأطلق المؤلف في العلي، وظاهره سواء نقص من الثمن أو لم ينقص، إلا أن يقال: كلامه هنا هو مثال لما ينقص الثمن.

قال في «الموازية»: ولا يرد العبد إذا وجدت سنه منزوعة إلا أن يكون ذلك في الجارية الرائعة وينقص ذلك من ثمنها.

وفي «الواضحة»: السن الناقصة عيب في الرائحة في مقدم الفم أو مؤخره، وليست في الدنية ولا في العبد عيباً إلا في مقدم الفم، فأنت تراه كيف لم يجعل السن الواحدة عيباً في الذكر.

ابن حبيب: والسن الزائدة عيب في العبد والأمة رفيعين كانا أو وضعيين.

والوخش في الرقيق: الخسيس مأخوذ من قولهم: وخشت الشيء أخشاه وخشاً إذا خلطته، فكان الوخش لا يعرف لخساسته، إذ هو من أخلاط الرقيق، وأصله الحقير من كل شيء.

والعلي: بفتح العين وكسر اللام مخففة وتشديد الياء صفة للجنس؛ أي: من الجنس العلي.

الجوهري^(١): وفلان من عليّة الناس وهو جمع عليّ؛ شريف مثل صبي وصبية، وكذا ذكره عياض، قال: وقيل بكسر اللام وتشديدها، والأول أشهر.

وَكَاَلْحَمْلِ فِيهِمَا، وَقَالَ أَشْهَبُ: فِي الْعَلِيِّ

حاصله: أنه اتفق على أن الحمل عيب في العلي، واختلف في الوخش.

وما قدمه المصنف هو مذهب «المدونة»، قال: وقاله لنا مالك حين خالفنا ابن كنانة في الوخش، ولابن القاسم ثالث: أنه عيب في الوخش إن اشترى جارية وحدها لا إن اشتراها في جملة رقيق، ولابن حبيب رابع: أنه عيب لأهل الحاضرة دون البادية.

وَفِيهَا: كَوْنُهَا زَلَاءَ لَيْسَ بَعِيبٌ، وَقَيَّدَ بِالْيَسِيرِ

الزلاء بالمد: الصغيرة الإليتين، ولابد من التقييد باليسير؛ ولهذا قال في «المدونة»^(٢): إلا أن تكون ناقصة الخلق.

وروى أشهب: الصغيرة القبل ليس بعيب إلا أن يتفاحش.

وَالشَّيْبُ الْكَثِيرُ فِي الْعَلِيِّ عَيْبٌ، وَفِي الْقَلِيلِ فِيهِ وَالْكَثِيرُ فِي غَيْرِهِ قَوْلَانِ

أي: لا خلاف في الكثير أنه عيب في العلي، ولا في اليسير أنه ليس بعيب في

(١) «الصحاح» (١/ ٤٩٤).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٤٨).

الوخش، واختلف في القليل في العلي، فظاهر «المدونة» أنه عيب.

وقال ابن عبد الحكم: ليس بعيب. وكذلك في «الواضحة» عن مالك.

وجوز الباجي^(١) أن يكون تقييداً «للمدونة».

وأما الكثير في غير العلي، فظاهر «المدونة»: أنه ليس بعيب، قال فيها: ولا يرد به

غير الرائعة إلا أن يكون عيباً ينقص من ثمنها.

وقيل: إن كان الشيب كثيراً لا إن قل، إلا أن يكون بائعها قد علم بذلك فكتمه على

تعمد، فيرد وإن كان قليلاً.

ابن المواز: وذلك كله في الشابة.

والاستحاضة فيهما عيبٌ

أي: في العلي والوخش، وهذا ظاهر المذهب وهو الصواب؛ لأنه يضعف الجسم.

وعن ابن القاسم: يسأل عن الدنية، فإن كان عيباً ينقص من الثمن ردت به، قال:

وهذا إذا ثبت استحاضتها عند البائع.

وأما الموضوعه للاستبراء تحيض حيضة لا شك فيها، ثم تستمر مستحاضة فمن

المشتري ولا ترد، وقاله أشهب؛ أي: لاحتمال أن يكون حدث بها.

قال في «الموازية»: والاستحاضة التي ترد بها شهران.

وارتفاع الحيض عيب في ذات سنه، قاله في «المدونة»^(٢).

وعلمه اللخمي: بأن ذلك صلاح لأجساد النساء، وهو يشمل العلي والوخش، وفي

العلي وجه آخر وهو: منع الوطء.

وأفتى ابن عتاب: بأنه عيب في الوخش.

وعن ابن القاسم: أنه عيب في العلي فقط.

قال في «المدونة»^(٣): وإن تأخر حيضها، قال في «الأمهات»: شهرين أو ثلاثة فذلك

(١) «الملتقى» (٦/ ٨٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٤٥).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٤٥).

عيب، ولأشهب أنها لا ترد إلا فيما زاد على ثلاثة أشهر.
ولسحنون وغيره: أنها ترد بخمسة وأربعين يوماً، مالك: وللبائع أيضاً أن يفسخ البيع لأجل نفقته.

وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ فِي الْوَقْتِ الْمُسْتَنْكَرِ عَيْبٌ

أي: في الذكور والإناث، قاله ابن حبيب عمن كاشف من أصحاب مالك، ومراده بالوقت المستنكر: الزمان الذي لا يبول فيه الصغير غالباً، قال معناه ابن حبيب.
واحترز من البول في زمن الصغر، فإنه لا يستنكر فليس بعيب.

ابن حبيب: ولا يثبت أنه عيب حتى يقيم المبتاع بينة أنها كانت تبول عند البائع؛ لأنه مما يحدث في ليلة وأكثر، فإن لم تكن بينة حلف البائع على علمه، ولا يحلف بدعوى المبتاع حتى توضع بيد امرأة أو رجل له زوجة فيذكران ذلك، ويقبل قول المرأة والرجل عن زوجته في ذلك، ويجب اليمين على البائع، وليس بمعنى الشهادة، ولو جاء المشتري بقوم ينظرون مرقدها بالغد مبلولاً، فلا بد من رجلين؛ لأنه بمعنى الشهادة، ثم يحلف البائع.
وفيها: التَّخْنِثُ فِي الْعَبْدِ، وَالْفُحُولَةُ فِي الْأَمَةِ إِنْ اشْتَهَرَتْ عَيْبٌ، فَقِيلَ: التَّشْبِيهُ فِيهِمَا، وَقِيلَ: الْفِعْلُ...

التفسير الأول لابن أبي زيد، فقال: تشبيه الذكر بالأنثى بتكسير المعاطف، وتشبيه الأنثى بالذكر بفحولة الكلام.

والثاني لصاحب «النكت»^(١)، فقال، قوله: إذا [وجد]^(٢) العبد مخنثاً - أي: يؤتى - والمرأة مذكرة - أي: فحلة كشرار النساء، فإذا اشتهرت بذلك فهو عيب.

وهكذا وقع لمالك في «الواضحة»، وصرح في «الواضحة» بأن التشبيه ليس بعيب وجعل عبد الحق «الواضحة» مفسرة «للمدونة»، وهي على تفسير ابن أبي زيد خلاف.

واحتج أبو عمران للأول بأنه لو أراد الفعل لكان عيباً ولو مرة واحدة، ولكان لا يحتاج إلى قيد الاشتهار في الأمة.

أبو عمران: وإنما خص بهذا القيد الأمة ولم يجعل الرجل مشاركاً لها فيه؛ لأن التخنث في العبد يضعفه عن العمل وينقص نشاطه، والتذكير في الأمة لا يمنع جميع الخصال التي في النساء ولا ينقصها ذلك، فإذا اشتهرت بذلك كان عيباً؛ لأنها ملعونة في

الحديث.

وجعل في «الواضحة» هذا الاشتهار عائداً على الأمة والعبد، عياض: ورأيت بعض مختصري «المدونة» اختصرها على ذلك.

خليل: وينبغي أن يقيد كلام عبد الحق وما في الواضحة بالوخش، وأما الجارية المرتفعة فالتشبه فيها عيب، إذ المراد منها التأنيث، وقاله عياض.

والزَّعْرُ عَيْبٌ

الجوهري^(١): الزعر: قلة الشعر، ونص المسألة في «المدونة»^(٢) فيمن اشترى أمة فوجدها زعراء العانة فهو عيب.

ابن سحنون: لأن الشعر يشد الفرج فإن لم يكن شعر استرخى الفرج، قال في «الموازية»: وكذلك إذا لم ينبت في غير العانة فهو عيب.

ابن حبيب: وهو مما تتقى عاقبته من الداء السوء.

وقال سحنون: ليس هو في غير العانة عيباً.

وحمل بعضهم الأول على أنه تفسير «للمدونة».

بعض الموثقين: والذكر والأنثى فيه سواء.

والتَّيْبَةُ لَيْسَتْ بِعَيْبٍ إِلَّا فِيمَنْ لَا يُقْتَضُ مِثْلُهَا

أي: إذا وجدها ثيباً وهي في سن من توطأ، فقال سحنون في «العتبية»^(٣): ليس ذلك بعيب، كانت من أعلى الرقيق أو وخشه.

وقال في «البيان»^(٤): لأنها محمولة حينئذ على أنها قد وطئت، وإن كانت في سن من لا توطأ فوجدها مفتضة فذلك عيب؛ لأنها محمولة في هذا السن على عدم الوطء.

وظاهر كلام المصنف: أنه لا فرق في ذلك بين الرائعة والوخش، وليس بظاهر، فإن

(١) «الصحاح» (٢/ ٢٨٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٤٢).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٥٨).

(٤) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٥٨).

الذي في «المتيطة» وغيرها ونص عليه ابن القاسم وسحنون: أن ذلك عيب في الرائحة فقط.
قال في «البيان»: لأن وطء الوحش لا ينقص من الثمن، إلا أن يشتريها على أنها غير
مفتضة بشرط، قال: وهذا قائم من «المدونة».

وَالْعَسْرُ عَيْبٌ

العسر: بفتح العين المهملة وفتح السين.

الجوهري^(١): وهو الذي يعمل بيساره.

ابن حيب: هو عيب في العبد والأمة رفيعين أو وضعيين.

ابن المواز: كالعثار في الدابة.

وَالْأَضْبَطُ لَيْسَ بِعَيْبٍ

الجوهري^(٢): الأضبط هو الذي يعمل بكلتا يديه، تقول: منه ضبط الرجل يضبط
والأثنى ضبطت.

قال في موضع آخر: وأما الذي يعمل بكلتا يديه فهو أعسر يسرا ولا يقال: أعسر
أيسر، وكان عمر بن الخطاب أعسر يسراً.

ابن حبيب: وليس بعيب إذا كانت اليمنى في قوتها والبطش بها، فإن نقصت فهو
عيب.

وَالزَّنَا، وَشُرْبُ الخَمْرِ، وَالبَحْرُ عَيْبٌ

قوله: (عَيْبٌ) أي: مطلقاً في العلي والوحش.

المتيطي: وسواء كان البخار في فم أو فرج، قال غيره: وهو في الفرج عيب في
الرائحة فقط، وفي «الموازية»: في الأمة توطأ غصباً أن ذلك عيب.

وَالْوَالِدَانِ وَالْوَلَدُ عَيْبٌ، وَالْإِخْوَةُ وَالْأَجْدَادُ لَيْسَ بِعَيْبٍ

أي: أن أحد الوالدين عيب وأحرى اجتماعهما، والولد عيب صغيراً كان أو كبيراً،
حرراً أو رقيقاً؛ لأن وجود أحدهم مما يشغله عن خدمة سيده، وإنما لم تكن الإخوة
والأخوات والأجداد عيباً؛ لعدم الميل لهم كما فيمن تقدم.

(١) «الصحاح» (١/ ٤٦٩).

(٢) «الصحاح» (١/ ٤٠٥).

المتيطي: وانفرد ابن العطار فرأى الأخ عيباً.

ونقل صاحب «الجواهر»^(١)، وابن راشد عن بعض أصحابنا المتأخرين أنه ألحق الجدة للأم بالوالدة دون الجدة للأب.

وَجُذِّمَ الْأَبُ عَيْبٌ، بِخِلَافِ مَسِّ الْجَنِّ

مراده بـ(الأب) الجنس فيدخل الجد، وصرح به في «الموازية» و«العتبية» و«الواضحة»، ولفظ «الواضحة»: وإن كان أحد أبويهما أو جديهما مجذوماً فهو عيب في الجارية والعبد، والعلي والوخش، وهذا هو المشهور.

وقال ابن كنانة: ليس بعيب، ورواه داود بن جعفر عن مالك.

وقال ابن دينار: لا يرد به إلا أن يقول أهل العلم: إنه مرض يعم الأقارب حتى لا يخطئ أحداً منهم فيرد، وإن كان ربما أصاب أو لم يصب فلا يرد به. وأما مس الجن فظاهر، إذ لا يخشى منه ما يخشى من الجذام.

وَفِي سَوَادِ الْأَبِ فِي الْعَلِيِّ قَوْلَانِ

مراده بـ(الأب) أيضاً الجنس، فيدخل الجد، ففي «الموازية» و«العتبية»^(٢): أنه ليس بعيب، وفي «الواضحة»: هو عيب لما يخاف من خروج ولدها أسود. والأولى لو قال: الرائعة كما في الرواية؛ لأن العلي يصدق على الذكر.

وَكُونُهُمَا مِنْ زِنَا فِي الْعَلِيِّ عَيْبٌ، وَفِي الْوَخْشِ قَوْلَانِ

الضمير عائد على الأمة والعبد، والقول بأنه لا يرد في الوخش في «الموازية»، وبالرد لابن القاسم في «المدونة» وابن وهب.

ولم يجعل صاحب «البيان»^(٣) العلي محل اتفاق، بل جعل القول بالفرق ثالثاً.

ابن عبد السلام: وقيل في الوخش الفرق بين الذكر والأنثى هو ظاهر ما حكاه ابن حبيب عن مالك.

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٧١).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٦).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٧).

وَالْقَلْفُ فِي الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنَ الْمُؤَلَّدِينَ، وَطُولُ الْإِقَامَةِ كَذَلِكَ إِلَّا الصَّغِيرَ
الْقَلْفُ: بفتح القاف واللام.

الجوهري^(١): رجل أقلف بين القلف وهو الذي لم يختن، قال: ويقال: أغلف، بالغين المعجمة، واستعمل المصنف القلف في الذكر والأنثى، أي: أن متروك الختان ومتروكة الخفاض إذا ولدا في الإسلام أو في العجم ولكنهما طالت إقامتهما بين المسلمين كذلك، وأما إن لم تطل فليس بعيب لدخول المشتري على ذلك، بل نص ابن حبيب على أنه لو وجد المجلويين مختننين على أنه عيب؛ لما يخاف أن يكون أغار عليهما العدو أو أبق إليهم من رقيقنا، وقال به ابن القاسم.

وروي عن ابن القاسم أيضاً أن ذلك ليس بعيب.

قال في «البيان»^(٢): والأول أوضح في المعنى وأشبه في النظر.

واستثنى المصنف الصغير - كما ذكر ابن حبيب - لأنه لم يثبت ذلك فيه فلا يكون عيباً، وكذلك لو كان العبد والأمة نصرانيين، فإنهما لا يردان بترك الختان والخفاض، قاله ابن حبيب.

وقوله: (كَذَلِكَ) أي: لكونهما من زنا، فيكون القلف عيباً في العلي، وفي الوحش قولان.

وذكر في «البيان»^(٣) ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يرد به الرفيع والوضيع من الغلمان والجواري، قاله ابن حبيب في «الواضحة».

الثاني: لا يرد بذلك إلا الرفيع منهما، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى.

الثالث: وهو الصحيح في القياس والنظر أنه لا يفرق في الختان بين رفيع ووضيع، بخلاف الجواري في الخفاض.

(١) «الصحاح» (٢/ ٩٣).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٢٥).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٢٥).

وَلَوْ قَالَتْ: إِنَّهَا مُسْتَوْلِدَةٌ، لَمْ تَحْرُمُ، وَلَكِنَّهُ عَيْبٌ يُلْزَمُ الْمُبْتَاعَ أَنْ يُبَيِّنَ إِذَا بَاعَ

يعني: لو اشترى أمة ثم قالت وهي بيد المبتاع أنها أم ولد للبائع، لم تحرم بذلك على المبتاع لأنها مدعية، وتتهم أيضاً على إرادة الرجوع إلى البائع، لكنه عيب يوجب لربه الرد على البائع، فإن رضي به ثم أراد بيعها لزمه البيان؛ لأن النفوس تكره الإقدام على مثل هذا.

قال في «البيان»^(١): وكذلك له أن يردّها إذا قالت ذلك في عهدة الثلاث أو الاستبراء؛ لقول مالك: إن ذلك عيب يجب عليه البيان إذا باعها؛ لأن ما حدث من العيوب في العهدة والاستبراء ضمانه من البائع.

وبذلك أفتى ابن لبابة، وابن مزين، وعبد الله بن يحيى ونظراؤهم، ووقع ذلك في «أحكام ابن زياد»، خلاف ما روى المدنيون عن مالك أن ذلك ليس بعيب، إذ لا يقبل ذلك منها.

وقد روى داود بن جعفر عن مالك نحوه إذا سرق العبد في عهدة الثلاثة رد به، وإن أقر على نفسه بالسرقة لم يرد؛ لأنه يتهم على إرادة الرجوع إلى سيده؛ إذا كانت سرقة التي أقر بها إنما لا يجب القطع فيها. انتهى.

وفيهما: فِي الصَّدْعِ فِي الْجِدَارِ وَشِبْهِهِ إِنْ كَانَ يُخَافُ عَلَى الدَّارِ أَنْ تَنْهَدِمَ رُدُّهُ، وَإِلَّا فَلَا...

نسبها «للمدونة» لإشكالها؛ لتفرقة في الدار بين العيب اليسير والكثير.

والضمير في (شِبْهِهِ) يحتمل أن يعود على الصدع أو على الجدار.

وظاهر قوله: (إِنْ كَانَ يُخَافُ عَلَى الدَّارِ) أنه لو خيف على حائط لم يرد، وبه صرح اللخمي.

عياض: وهو ظاهر الكتاب.

بخلاف ما ذهب إليه عبد الحق^(٢)، وابن سهل وغيرهما، وقالوا: إنه إن خشي هدم

الحائط من الصدع الذي فيه أنه يجب الرد.

(١) «البيان والتحصيل» (٨ / ٢٤٤).

(٢) «النكت والفروق» (٢ / ٧٢).

وقد قيل: إنما يرد لخوف هدم الحائط إذا كان ينقص الدار كثيراً.

عياض: وهو صحيح المعنى، أرايت لو كان الحائط الذي هو واجهة البيت، إذ لا يمكن سكنى الدار إلا بعد إصلاحه.

واستدل من لم ير له الرد بهدم الحائط: بأن الحائط لو استحق لم يكن له رد فكيف إذا كان به صدع.

وفرق الآخرون: بأنه في الاستحقاق لا ضرر عليه؛ لأنه يأخذ قيمته بخلافه هنا، فإنه يضطر إلى بنائه والنفقة فيه.

عياض: ولم يختلفوا فيما قطع منفعة من منافعها كتهوير بثرها، أو غور مائها، أو فساد مطهرة مرحاضها، أو تعفن قواعد بثرها، أو وجد ماء بثرها ملحاً في البلاد التي ماء آبارها حلواً وشبه ذلك، أنه يجب به الرد.

وَتَمَّمَهُ مُحَمَّدٌ، فَقَالَ: لَا يَرُدُّ، وَلَكِنْ يَرْجِعُ بِقِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ يَسِيرًا، وَصَوْبُهُ الْأَثْمَةُ، وَقِيلَ: كَغَيْرِهِ...

أي: ونعم ابن المواز ما في «المدونة»، فقال: ولكن يرجع بما نقص من الثمن. وعدوه وفاقاً لا خلافاً، وأيده بما في قسم «المدونة»: أن أحد الشريكين إذا اطلع على عيب في نصيبه رجع بقيمته.

ومذهب «المدونة» بتتميم.

محمد: أنه يفرق بين الدور وغيرها، وهو المشهور المعمول به.

وقيد قوله: (يَرْجِعُ بِقِيَمَتِهِ) بما إذا لم يكن يسيراً جداً، فقد قال عبد الحق: عيوب الدار ثلاثة أقسام؛ قسم لا ترد به الدار ولا يرجع بقيمته ليسارته، يريد كالشرفات.

وقسم ترد من أجله، كخشية سقوطها، وقسم لا ترد به ويرجع بقيمته، كصدع في حائط ونحوه.

وقوله: (وَقِيلَ: كَغَيْرِهِ) أي: ترد باليسير في الدور كغيرها.

وحكاها الباجي^(١) عن بعض الأندلسيين.

(١) «المنتقى» (٦/ ٨٩).

وفي المسألة قول ثالث: أن العروض كالدور لا يجب الرد فيها باليسير، قال في «المقدمات»^(١): وعلى هذا كان الفقيه ابن رزق يحمل الروايات حيثما وقعت، ويقول: لا فرق بين الأصول وغيرها.

ويؤيد تأويله: ما رواه ابن زياد عن مالك: فيمن ابتاع ثوباً فاطلع فيه على خرق يسير، لا يرد ويوضع قدر العيب، ونحوه في «المختصر الكبير»، وهو خلاف ظاهرها وخلاف تأويل الجمهور عليها.

والفرق هو المشهور، وفرق له بوجوه:

أولها: أن الدور تراد للقنية غالباً، والسلعة للتجارة.

ثانيها: أن الدور لا تنفك عن عيب، فلو ردت باليسير لأضرر بالبائع.

ثالثها: أن عيوب الدار لا يحاط بها.

رابعها لابن يونس^(٢): أن الدور ليست لها أسواق فيضرر بالمشتري ردها، إذ قد لا يجد ما يشتري، والبائع إذ قد لا يجد من يشتري.

خامسها: أن الدار كالأجزاء، فعيب اليسير منها كاستحقاقه فيرجع بنسبته.

سادسها: أن الدور مأمونة والعيب لا يفوت عينها؛ لأنها وإن انهدمت تبقى قاعتها ونقضها.

سابعها: أن عيب الدار يصلح ويزول بحيث لا يبقى منه شيء، وصوبه ابن محرز.

واختلف في حد اليسير: فمنهم من رد ذلك إلى العادة وهو الأصل.

وقال ابن أبي زيد: ما ينقص معظم الثمن فهو كثير.

ولا شك أن هذا كثير، ولكنه إن عني أنه لا يرد بما دون ذلك - وهو ظاهر ما فهموه عنه - فضعيف؛ لأن النصف ليس بمعظم الثمن.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ما نقص عن الثلث وأما الثلث فكثير، وسئل ابن عتاب عن ربع الثمن، فقال: كثير.

وقال ابن القطان: المثقلان يسير والعشرة كثير، ولم يبين من كم.

وقال ابن رشد^(١): والعشرة من المائة كثير.

ولعل قوله تفسير لابن القطان.

وَالنَّقْصُ الَّذِي لَا يُطْلَعُ عَلَيْهِ إِلَّا بِتَغْيِيرِهِ كَسُوسِ الْخَشَبِ بَعْدَ شَقِّهِ لَا يُرَدُّ بِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ وَلَا قِيَمَةً، قَالَ مَالِكٌ: لِأَنَّهُ أَمْرٌ دَخَلَ عَلَيْهِ...

أي: إذا بيع شيء وفي باطنه عيب يجهله المتبايعان ولا يطلع عليه إلا بعد الشق كالخشب، فلا قيام للمشتري به ولا شيء له على البائع.

وعلله في «الموازية»، فقال: وهو أمر ثابت في هذه الأشياء معروف، يشتري عليه المشتري ويبيع عليه البائع، وإليه أشار بقوله: (لِأَنَّهُ أَمْرٌ دَخَلَ عَلَيْهِ).

ومقابل المشهور رواه المدنيون عن مالك أنه يرد به كسائر العيوب، وذكرها ابن شاس^(٢) وغيره.

وفرق ابن حبيب فلم يثبت الخيار بما كان من أصل الخلقة وأثبته بما طرأ، كوضع الخشب في مكان ندي فيتعفن.

وحمله ابن يونس على الخلاف لمذهب «المدونة»، والمازري على الوفاق.

وعن ابن الماجشون: أنه لا رد في السير بخلاف ما كثر، ولو شرط البائع البراءة منه لم يجز؛ لأنه خطر.

وَأَمَّا الْجَوْزُ وَالتَّيْنُ وَشِبْهُهُ، فَقِيلَ: مِثْلُهُ، وَقِيلَ: إِنْ أُمِكنَ اخْتِيَارُهُ بِكَسْرِ الْجَوْزَينِ رُدُّ لَهُ...

(وشبْهُهُ) الفقوس، والخيار، والبطيخ، وقوله: (مِثْلُهُ) يحتمل أن يكون للتشبيه في المشهور فقط، فإن المشهور فيه نفي الرد بما يظهر من أمر البطيخ ونحوه.

نص عليه في «المدونة»، ويحتمل التشبيه في دخول القولين وهما أيضاً فيه.

وقوله: (وقيل) هو في «الموازية»، يعني: أنه إن كان مما يمكن اختباره والاطلاع عليه حال العقد كالقضاء والقضاءتين.

(١) «المقدمات» (٢/ ١٠١).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٧٤).

أشهب: بإدخال العود الرقيق فيها، وكالجوزة والجوزتين مما يتحیل عليه بشيء فيعرف حالهما قبل الكسر، فله الرد به.

قال: وأما الأحمال الكثيرة فلا رد إلا أن يكون كله فاسدًا أو أكثره فيرد؛ إذ لا يخفى على البائع.

قال: وأما اليسير من الكثير فلا يرد ويلزمه البيع.

ولم ينقل المصنف هذا القول بكماله وذكر الاختيار بالكسر، وفي الرواية: إنما هو بالتحیل قبل الكسر.

ابن عبد السلام: وما في «الموازية» أظهر عندي.

وعن ابن الماجشون وأصغ، أنهما قالا بإثر قول مالك: هذا في اليسير إذ لا يسلم منه، فأما الكثير فيرد، ولو شرط البائع البراءة منه لم يجز، وهذا كأنه عكس ما في «الموازية»، هكذا فهمه بعض الشيوخ.

وعندي أن معنى قولهما: أنه إذا اشترى كثيرًا، أو ما له قدر فوجد منه الجوزة والجوزتين، فإنه لا قيام له بذلك، إذ لا يكاد يسلم منه، وعلى هذا لا يكون عكس ما في «الموازية»، ولأجل ذلك قال صاحب هذا القول: وهذا في معنى قول مالك؛ أي: غير خارج عنه.

خليل: وانظر إذا بنينا على المشهور من نفي الرد فاشتراط المشتري أنه إن وجده مرًا رده، وكذلك إذا اشترط الرد في البطيخ إن وجده غير حلو، هل يوفى له بهذا الشرط أو لا؟ والأظهر أنه يوفى له بذلك؛ لأن الأصل إعمال الشروط ما لم يعارض ذلك كتاب أو سنة.

ونص في «المدونة»^(١) على أن البيض يرد لفساده ويرجع بالثمن.

قال: لأنه مما يعلم ويظهر فساد قبل كسره؛ أي: إذا كان مدلسًا.

قال في «الموازية»: وإن كان غير مدلس وكسر المشتري البيض وأتلفه، فإنه يرجع بما بين القيمتين إن كانت له قيمة يوم باعه بعد الكسر، وإلا رجع بالثمن كله.

ابن القاسم: وهذا إذا كسره بحضرة البائع، وإن كان بعد أيام لم يرد به؛ لأنه لا يدري

(١) «المدونة» (٣/ ٣٥٨).

أفسد عند البائع أو المبتاع ، وقاله مالك .

والتَغْيِيرُ الْفِعْلِيُّ كَالشَّرْطِيِّ ، وَهُوَ فِعْلٌ يُظَنُّ مِنْهُ كَمَالُ كَتَلَطِيخِ الثَّوْبِ بِالْمِدَادِ

يريد بالتغيير الفعلي: أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يستر به عيبه فيظهر في صورة السالم وليس كذلك ، كصنع الثوب القديم فيوهم جدته ، وكتلطix ثوب العبد بالمداد فيظن أنه كاتب ولا يوجد ذلك .

وقوله: (كَالشَّرْطِيِّ) أي: الذي اشترطت سلامته لفظاً .

وَأَصْلُهُ التَّصْرِيَةُ ، فَإِنَّهَا كَاشْتِرَاطِ غَزَارَةِ اللَّبَنِ

أي: وأصل اعتبار هذا السبب والرد به ، ما صح من حديث التصرية ، أن رسول الله ﷺ قال: « لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر » .

والتصرية: جمع اللبن في الضرع يوماً أو يومين حتى يعظم ثديها؛ ليوهم مشتريها أنها تحلب كل يوم مثل ذلك .

وهذا معنى قوله: (فَإِنَّهَا كَاشْتِرَاطِ غَزَارَةِ اللَّبَنِ) أي: فيوجب الخيار لفقدها .

فَلَوْ ظَنَّ مِنْ غَيْرِ تَغْيِيرٍ لَمْ تُرَدِّ بِهِ مَا لَمْ تَكُنْ ذَاتَ لَبَنٍ مَقْصُودَةً لَهُ وَكَتَمَهُ مَعَ عِلْمِهِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ذَاتَ لَبَنٍ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ زَادَ كَذَلِكَ...

أي: فلو ظن المشتري غزارة اللبن مع عدم تغيير البائع ، كما لو كان الضرع لحماً ، فلا رد له إلا بثلاثة شروط: أن تكون ذات لبن ، وعبر عنه في «المدونة» بأن يكون اشتراها في إبان الحلاب .

وأن يكون مقصوده الحلاب ، وهو كقوله في «المدونة»^(١): أن تكون الرغبة فيها إنما هي اللبن ، وأن يكون البائع قد علم قدر حلابها وكتمه عن المبتاع .

وقوله: (مَعَ عِلْمِهِ) زيادة إيضاح؛ لأن الكتم لا يكون إلا مع العلم .

وقال أشهب: للمبتاع ردها وإن لم يكن في إبان الحلاب ، سواء علم البائع أم لا؛ لأنه عيب ، والعلم إنما يظهر أثره في التدليس لا في مطلق الرد .

(١) «المدونة» (٣/ ٣٠٩) .

ونصه عند ابن يونس، وقال أشهب: إذا كان البائع يعرف حلابها، فللمبتاع ردها حلبت أو لم تحلب، إلا إذا كانت شاة لبن.

وقال ابن المواز: أرى أن ينظر في ثمنها، فإن كان في كثرته ما يعلم أن ذلك لا لشحمها ولحمها ولا لرغبة في نتاج مثلها، وظهر أن الغالب من ذلك إنما هو اللبن، فليردها إذا كتمه البائع وثبت ذلك.

وجعل اللخمي محل الخلاف بين المذهب، وبين قول أشهب، وقول محمد إذا كان البيع في غير إبان الحلاب، وأنه يتفق على الرد إذا كان في إبانه.

وهذه المسألة ليست من التصرية، وإنما هي عندهم من الرد بالعيب، ولهذا قال يحيى ابن عمر: اللبن هنا للمشتري ولا صاع عليه إذا رد لضمانه، بخلاف المصرة.

فَإِنْ حَلَبَهَا ثَالِثَةً، فَفِيهَا: إِنْ كَانَ مَا تَقَدَّمَ اخْتِبَارًا فَهُوَ رِضًا، وَقَالَ مَالِكٌ: لَهُ ذَلِكَ...

الضمير في (حَلَبَهَا) عائد على المصرة، قال فيها: فإن حلبها ثالثة، فإن جاء من ذلك ما يعلم أنه إنما حلبها بعد أن تقدم له من حلابها ما فيه خبرة، فلا رد له ويعد حلابها بعد الاختبار رضا بها، ولا حجة عليه في الثانية؛ إذ بها يختبر الناس ذلك ولا يعرف بالأولى، وقد علمت أن الضمير في: (فَهُوَ رِضًا) عائد على الحلاب الثالث.

وقوله: (وَقَالَ مَالِكٌ) هو في «الموازية»: له أن يحلبها ثالثة ولا يعد ذلك رضا، وجعل المصنف هذا خلافاً «للمدونة» كاللخمي.

وقال عيسى بن دينار: إذا حلبها الثانية فنقص لبنها وظن أن ذلك من إنكار الموضع أو نحو هذا، ثم حلبها الثالثة فتيين له أنها مصرة فأراد ردها، فيحلف بالله ما كان ذلك منه رضا.

وقال محمد: إذا حلبها ثالثة فذلك رضا.

ابن يونس: وقول محمد هذا، وقول عيسى راجعان لما في «المدونة».

واختار اللخمي ما في «الموازية»؛ لما رواه البخاري، ومسلم، والترمذي وصححه، أنه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: «من اشترى مصرة فهو بالخيار ثلاثة أيام».

أما إن حلبها رابعة فهي رضا باتفاق، حكاه ابن راشد.

فَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ وَلَوْ غَلَا، وَقِيلَ: مِنْ غَالِبِ قُوتِ الْبَلَدِ

أي: فإن ردها بعيب التصرية رد معها صاعاً من تمر للحديث.

قال في «المدونة»^(١): ولا لأحد في هذا الحديث رأي، فقدم الخبر على القياس.

عياض: وهو مشهور مذهبه، خلاف ما يحكيه العراقيون عنه.

وقدم في كتاب ابن عبد الحكم القياس، فقال: لا يرد معها شيئاً.

ورواه أشهب في «العتبية»^(٢)، وقال به ابن يونس.

ولعل أشهب رأى أن حديث: «الخراج بالضمان» ناسخ له، وفيه نظر؛ لأن حديث:

«الخراج بالضمان»، عام، وحديث المصرة خاص ببعض ما اشتمل عليه الخراج بالضمان،

والخاص يقضى به على العام.

وقوله: (وَلَوْ غَلَا) مبالغة، وهذا القول حكاه ابن يونس عن بعض الأصحاب، وقدمه

المصنف لأنه ظاهر الحديث، وتبعاً لابن شاس، فإنه قال: ثم قدر الصاع معين، فلا يزداد

عليه لكثرة اللبن وغزارته، ولا ينقص منه لقلته ونزارته، ولا يلتفت إلى غلاته ورخصه،

بل قال بعض المتأخرين: إن كانت قيمته تساوي قيمة الشاة أو تزيد، فظاهر المذهب أن عليه

الإتيان به.

ولكن مذهب «المدونة»^(٣) هو الثاني، ففيها: وإن كان ذلك ببلد ليس عيشهم التمر

أعطى الصاع من عيش ذلك البلد، وعيش أهل مصر الحنطة فليعطوا منها.

وحملوا ذكر التمر في الحديث على أنه غالب قوت المدينة، ويؤيده ما ورد في بعض

طرقه: «وصاعاً من طعام لا سمراء» فلم يذكر التمر بخصوصيته، وأخرج منه السمراء؛

لأنها ليست بطعام أهل الحجاز، وهو تنبيه على هذا المعنى أيضاً.

فلو كلف التمر في كل بلد لزم أن يرد المشتري ما يساوي نصف قيمتها أو أكثر، وهو

مانع من ردها الذي دل الحديث على ثبوته.

وروى زياد عن مالك: يرد مكيل ما حلب تمرّاً أو قيمته، واستبعده في «البيان»^(٤)

(١) «المدونة» (٣/ ٣٠٩).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٥٢).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٠٩).

(٤) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٥٢).

لمخالفته الحديث .

تنبيه :

الرد بعيب التصرية مشروط بأن لا يعلم المشتري بذلك حين البيع، وأما إن علم حين البيع أنها مصراة فلا مقال له، إلا أن يجدها قليلة اللبن دون المعتاد من مثلها.

ابنُ القاسم: وَلَوْ رَدَّ عَيْنَ اللَّبَنِ لَمْ يَصِحَّ وَلَوْ اتَّفَقَا؛ لَأَنَّهُ يُبْعُ الطَّعَامُ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَقَالَ سَخْنُونُ: إِقَالَةٌ...

أي: لو أراد المشتري أن يرد المصراة وما حلبه منها لم يجز ذلك؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، فإن البائع وجب له صاع من طعام باعه قبل قبضه باللبن.

وقال سحنون: يجوز ذلك ويعد إقالة، وقاله ابن وضاح وقيده بما إذا لم يغب على اللبن، ذكره في «البيان»^(١).

وحمل اللخمي «المدونة»: على أن الحلاب تأخر، أما لو كان بفور العقد رده بعينه ولا يلزم المشتري عوضه؛ لأن وجوب الصاع إنما كان مع التراضي لاختلاط ملك البائع بملك المشتري؛ لأن ما حدث في ضرعها بعد الشراء فهو للمشتري، وهذا منتف بفور العقد لتمحض ما في الضرع للبائع.

ورده المازري: بأن اللبن إذا حلب غيره الهواء، فكأنه هو الذي ليس في الضرع.

ولا يصح أيضاً حمل «المدونة» على ما ذكره؛ لأنه قال فيها: لو تراضيا على رد اللبن بعينه لم يجز، ولو كان لأجل الاختلاط لكان الحق للمشتري، فإذا رضي جاز.

فَإِنْ تَعَدَّدَتْ، فَفِي الْاِكْتِفَاءِ بِصَاعٍ قَوْلَانِ

أي: فلو تعددت المصراة اثنان فأكثر، فهل يكتفي في الجميع بصاع وهو قول الأكثرين، أو لابد في كل واحدة من صاع وهو قول ابن الكاتب، واختاره اللخمي وابن يونس، واحتج أحمد بن خالد الأندلسي للأكثرين بأن غاية ما يفيد تعددها كثرة اللبن، وهذا لا يلتفت إليه، ألا ترى أن في لبن كل من الشاة والبقرة والناقة صاعاً واحداً.

وأجيب: بأن هذه الألبان وإن اختلفت قدراً فقد اختلفت في الطيب، فالأقل منها قدراً

أطيب، وإنما يلزم ما قاله ابن خالد لو اختلفت في القدر واستوت في الطيب.

وفي جامع البيوع من «البيان»^(١) قول ثالث، وهو: لا شيء عليه فيما احتلبه منها، بخلاف الشاة الواحدة؛ لقوله في الحديث: «من اشترى شاة مصرأة».

فَلَوْ رَدَّ بَعِيبٍ غَيْرِهِ، فَقِي الصَّاعِ قَوْلَانِ

أي: فلو رضي المشتري بعيب التصرية ثم اطلع على عيب آخر فرد به، فقال محمد: لا يريد الصاع لحلابها، واختاره التونسي.

وعن أشهب: أنه يرد الصاع بناء على أنه لما رد بغير عيب التصرية كانت كأنها غير مصرأة، أو يصدق عليه أنه رد مصرأة.

وَإِذَا اشْتَرَطَ الْبَائِعُ الْبَرَاءَةَ مِمَّا لَمْ يَعْلَمْ، فَطَرِيقَانِ؛ الْأَوَّلَى ثَالِثُهَا فِي «الْمَوْطَأَ»: تُفِيدُ فِي الْحَيَوَانَ مُطْلَقًا، وَرَابِعُهَا فِي «الْمَدُونَةِ»: تُفِيدُ فِي الرَّقِيقِ خَاصَّةً. وَخَامِسُهَا: تُفِيدُ مِنَ السُّلْطَانِ، وَسَادِسُهَا: وَمِنَ الْوَرْتَةِ لِقَضَاءِ دَيْنٍ وَشِبْهِهِ...

لما ذكر خيار النقيصة شرع في موانعه، وهي قسمان: مانع مطلقًا، ومانع على تقدير.

فالأول أربعة أنواع:

أولها: أن يشترط البائع البراءة من العيوب التي لا علم له بها، وذكر المصنف فيها طريقين: الأولى: المذهب على ستة أقوال:

الأول: أن شرط البراءة ينفع من كل بائع في كل مبيع، وهو قول مالك في «كتاب ابن حبيب»، وقيد بما عدا الحمل الخفي من الرائحة؛ إذ لا تصح البراءة منه لعظم الخطر، وقيدها الباجي^(٢) والمازري أيضًا بما لا يشترط فيه التماثل، أما ما يشترط فيه كمد قمح بمد قمح، فلا يجوز اشتراط البراءة فيه؛ لما يؤدي إليه من التفاضل، قالوا: وكذلك لا يجوز التبرؤ في عقد القرض؛ لأنه إذا أسلف عبدًا وتبرأ من عيوبه دخله سلف جر منفعة.

الثاني: أن البراءة لا تنفع مطلقًا، ذكره القاضي أبو محمد^(٣) عن مالك؛ لأن البراءة توجب غررًا.

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٥٣).

(٢) «المتقى» (٦/ ٧٠).

(٣) «المعونة» (٢/ ١٠١٦) والإشراف (٢/ ٥٥٥).

الثالث: وقع في بعض روايات «الموطأ»، وفي «الموازية»، و«الواضحة» أنها تنفع في الحيوان مطلقاً، ناطقاً أو غيره، ولا تصح في غيره.

الرابع، قال ابن عبد السلام: هو أشهر الأقاويل.

الباجي^(١) - وهو الظاهر من المذهب - : أنها تفيد في الرقيق فقط، ووجهه: أنه قد يكره بعض السادات ويرغب في بعض، فيظهر من العيوب ما ليس فيه ويكتم ما فيه، تحيلاً منه على انتقال الملك.

وتصور الخامس ظاهر، وهو مقيد بما باعه السلطان لغيره، وأما إن كان لنفسه فهو كسائر الناس.

وتصور السادس ظاهر، وشبه الدين الوصية.

وقد أقيمت من «المدونة» الستة الأقوال.

وزاد عياض:

سابعاً لابن القاسم في «الموازية»: أنها لا تنفع في الحيوان والثياب إلا في الشيء اليسير التافه غير المضر، وأما ما هو مضر فيرد به، ونحوه في «العتبية».

وثامناً: أنه لا يفيد إلا فيما طالت إقامته عند البائع، واستغنى المصنف عن هذا بما سيذكره بقوله: فلو باع بحدثان ملكه، فالمشهور: لا يفيد.

وتاسعاً: أنها لا تنفع إلا من السلطان خاصة في البيع للدين، ونحوه في الرقيق خاصة، وهو نص «الموازية».

وعاشراً لابن حبيب: إن كان البيع طوعاً فلا يفيد إلا في الرقيق خاصة، وأما ما باعه السلطان في فلس، أو موت، أو على الأصاغر، فهو بيع براءة في الرقيق والحيوان والعروض وإن لم يشترط البراءة، وقاله مطرف، وابن الماجشون، وأصبغ وغيرهم.

وبهذا يظهر رجحان هذه الطريقة على الطريقة الثانية؛ لأن من حفظ مقدم.

الثَّانِيَّةُ: تُفِيدُ إِنْ كَانَ يَسِيرًا، أَوْ مِنَ السُّلْطَانِ، وَفِي غَيْرِهِ قَوْلَانِ

هي لابن أبي زيد، وابن الكاتب، وابن محرز، قالوا: اتفق قول مالك على أن بيع

السلطان بيع براءة، كان البيع يسيراً أو كثيراً، أو أن العيب اليسير تصح البراءة منه، كان البائع سلطاناً أو غيره.

ابن الكاتب: وإنما كان كذلك؛ لأنه حكم منه بالبيع، وبيع البراءة مختلف فيه، فإذا حكم السلطان بأحد أقوال العلماء، لم ترد قضيته عند من يرى خلاف رأيه فيما حكم به. المازري: وفيه نظر، فإن السلطان لم يتعرض في البيع إلى خلاف ولا وفاق، ولا قصد فيه إلى حكم بإنفاذ بيع على البراءة لينفذ حكمه، وإنما فعل ذلك لما أوجبه الشرع عليه، ونسب للمغيرة أن اليسير الثلث فدونه، لكن لم أر له أن بيع السلطان بيع براءة.

قوله: (وفي غيره) أي: وفي غير ما ذكر، وهو الكثير من غير قول السلطان قولان.

فَأَمَّا فِيمَا عَلِمَ فَلَا تُفِيدُ

أي: أن الأقوال المتقدمة في الطريقتين إنما هي فيما لا يعلم البائع به، وأما ما علمه من العيوب فلا يفيد البراءة حينئذ اتفاقاً.

فَلَوْ بَاعَ بَحْدَثَانِ مَلِكِهِ، فَالْمَشْهُورُ: لَا تُفِيدُ

قال في «المدونة»^(١) في التجار يقدمون بالرفيق فيبيعونه بالبراءة ولم تطل إقامته عندهم، قال: هؤلاء يريدون أن يذهبوا بأموال الناس باطلاً لا تنفعهم البراءة.

والشاذ لعبد الملك قياساً على السلطان.

وَبَيْعُ السُّلْطَانِ عَلَى تَفْرِيعِ الْبَرَاءَةِ لَا يُحْتَاجُ إِلَى اشْتِرَاطِهَا

يعني: حيث فرعنا على أن بيع السلطان بيع براءة، فالحكم يقتضيها ولا يحتاج في إثباتها إلى شرط.

وظاهر كلامه: أن هذا مقصور على الحاكم، وحكى غيره هذا القول فزاد مع السلطان أهل الميراث، وزاد فيه أيضاً أن البراءة لا تنفع في غيرهما ولو اشترطت.

وَلَوْ ظَنَّ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ غَيْرُهُ، فَقَوْلَانِ: الْخِيَارُ، وَاللُّزُومُ

أي: وإذا فرعنا على أن بيع الحاكم بيع براءة، فظن المشتري أن البائع غير القاضي، ففي «المدونة»: له الخيار بين أن يرد أو يحبس بلا عهدة.

وقال ابن حبيب: يلزمه وإن لم يذكر متوليه أنه بيع ميراث أو فلس، وكأنه رأى أن بيع ذلك لا يخفى، فلا يقبل دعواه الجهل.

وَإِذَا تَبَرَّأَ مِنْ عَيْبٍ لَمْ يَنْفَعَهُ حَتَّى يَعْلَمَ بِمَوْضِعِهِ، وَجَنْسِهِ، وَمَقْدَارِهِ، وَمَا فِي الدَّبْرَةِ مِنْ نَقْلِ وَغَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَجْمَلَ كَسْرِقَةَ الْعَبْدِ أَوْ إِبَاقَهُ، فَيُوجَدُ يَنْقُبُ، أَوْ قَدْ أَبْقَى مِنْ مِصْرٍ إِلَى الْمَدِينَةِ...

لما تكلم على البراءة العامة في جميع العيوب أخذ يتكلم عن البراءة من عيب معين، أو تقول: لما تكلم على البراءة مما لم يعلم تكلم فيما يعلم، ثم لا يخلو إما أن يتفاوت العيب في نفسه بالقلة والكثرة أو لا، فبراءة الثاني تسميته كقطع اليد مثلاً والعمور.

والأول لا ينفعه إلا بثلاثة شروط:

أولها: أن يقول هو به .

ابن المواز: ولا ينفعه لو أفرد، فقال: أبيعك بالبراءة من كذا حتى يقول: إن ذلك به .

ورأى ابن يونس العيب يبرأ إذا أفرد بالذكر، سواء قال ذلك العيب به أو لا .

ثانيها: أن يطلعه على ما يعلم من حاله بشهادة، أو خبر يقوم مقامها .

ثالثها: أن لا يحملها مع غيره، ففي «المدونة»^(١) وغيرها: وإن تبرأ إليه من عيوب بعضها فيه وبعضها ليست فيه لم تنفعه البراءة، وللمبتاع الرد بما اطلع عليه مما سمى له ولم يره إياه .

وعلى ذلك بأنه لما ذكر له ما ليس فيه اعتقد المبتاع أن جميع ما ذكر كذلك، فكان بمنزلة من لم يتبرأ من عيب .

قوله: (حَتَّى يَعْلَمَ بِمَوْضِعِهِ) لأنه يغتفر بموضع دون آخر، (وَجَنْسِهِ) لأنه يختلف اختلافاً كثيراً، ولو لم يبينه كان العقد فاسداً، (وَمَقْدَارِهِ) لأن القدر يختلف .

واختلف إذ باع ولم يبين قدره، فقال ابن القاسم عن مالك: البيع ثابت، فإن ظهر على الفاحش من ذلك فله الرد .

وقال أشهب: يفسخ البيع، قاله في الدبرة، والكي، والقروح، والجراحات، وقول

ابن القاسم أحب إلي؛ لأن أشهب وافق في مسألة الإباق أن البيع ثابت وله الرد.
وقوله: (وَمَا فِي الدَّبْرَةِ مِنْ نَقْلِ)، الجوهرى^(١): الدبرة بالتحريك واحدة الدبر والأدبار، مثل: شجرة وشجر وأشجار، يقول منه: دبر بالكسر وأدبره القتب، قال: وبرئ الجرح، وفيه شيء من نقل بالتحريك أي فساد.

وعطف مسألة الدبرة على ما تقدم، والعطف يقتضي المغايرة، وكان ينبغي أن يجعلها مثالا لما تقدم؛ لأنها راجعة إلى بيان القدر.

وَإِذَا فَاتَ الْمَبِيعُ حُسًّا بَتَلَفٍ، أَوْ حُكْمًا بَعْتَقٍ، أَوْ اسْتِيلَادٍ، أَوْ كِتَابَةً، أَوْ تَدْبِيرَ فَاطَّلَعَ عَلَى الْعَيْبِ تَعَيَّنَ الْأَرْضُ، فَيَقُومُ سَالِمًا وَمَعِيًّا، وَيَأْخُذُ مِنَ الثَّمَنِ نِسْبَةً مَا بَيْنَ الْقِيَمَتَيْنِ...
هذا هو المانع الثاني، وتصوره واضح.

ومثال التقويم: لو كان العبد يساوي صحيحًا مائة ومعيبًا ثمانين، فيرجع عليه بخمس الثمن؛ لأن نسبة العشرين إلى المائة الخمس، فلو كان الثمن مائتين رجع عليه بأربعين؛ لأنه صار لكل عشرين من القيمة أربعون من الثمن.

والأرض، قال ابن قتيبة وغيره: مأخوذ من قول العرب أرشت بين الرجلين تأريشًا، إذا أغريت أحدهما على الآخر وأوقعت بينهما الخصومة.

فسمى نقص السلعة أرشًا؛ لكونه سببًا للتأريش وهو الخصومة.
وَإِنْ كَانَ بِإِجَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِذَا عَادَ إِلَى يَدِهِ رَدَّهُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ خَلَصَهُ عَاجِلًا...

أي: فإن تعذر رد عين المبيع مع بقاء عين الملك فيه لتعلق حق آخر، كما لو أجرها أو رهنها ثم اطلع فيها على عيب وهي بيد المستأجر أو المرتهن، فقال ابن القاسم في «المدونة»^(٢): يبقى الأمر في العيب موقوفًا حتى يفتكها من الإجارة أو الرهن.

فإن خرجت من الإجارة والرهن وهي على حالها ردها، وإن فاتت أو تغيرت حكم فيها بحسب ما يقتضيه المذهب في ذلك من القلة، والكثرة، والتوسط.

(١) «الصحيح» (٢/ ٣٤).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٢٨).

وقال أشهب أيضاً في «المدونة»^(١): إن افتكه حين علم بالعيب فله رده، وإلا كان فوتاً فيرجع بالأرث.

ووقع في أكثر النسخ - وهي: نسخة ابن راشد، وابن عبد السلام - : فقال ابن القاسم: إذا عاد في نحو الشهر رده.

واعترض ابن عبد السلام عليها من أجل أن ما ذكره عن ابن القاسم مخالف لما تقدم. وذكر الباجي^(٢) عن ابن القاسم الفرق بين اليسير والكثير كما ذكره المصنف، لكنه لم يقيده بالشهر، وإنما قيده ابن حبيب، فقال: إن كان أجل ذلك قريباً كالشهر ونحوه فليؤخر إلى انقضائه وهو على أمره، فإن بعد كالأشهر والسنة فهو كالفوت، ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفتكها معجلة.

أبو محمد: وهذا خلاف قولي ابن القاسم وأشهب.

فَإِنْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ لِعَقْدٍ آخَرَ، فَإِنْ كَانَ لَغَيْرِ مُعَاوَضَةٍ فَلِلْأَرْضِ

أي: كالهبة والصدقة، وهذا هو المشهور.

وروى زياد عن مالك: أنه إذا تصدق به أو أعتقه أن ذلك فوت، ولا رجوع له بقيمة العيب، ولعله يقول مثل ذلك في الهبة.

وعلى المشهور، فقال سحنون، وعيسى في «العتبية»: يكون الأرث للمتصدق لا للمتصدق عليه، واختلف إذا وهبه لابن له صغير، فقال ابن حبيب: ذلك فوت، وقال ابن الكاتب: ليس بفوت؛ إذ له الاعتصار.

فَإِنْ كَانَ بِمُعَاوَضَةٍ مَعَ الْبَائِعِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ، فَلَا كَلَامَ لَهُ

يعني: فإن اطلع المشتري على عيب في المبيع بعد أن أحدث فيه عقد معاوضة مع بائعه، فإن باعه بمثل الثمن الأول فلا كلام للمشتري على البائع؛ لأن ثمنه قد رجع إليه.

وَإِنْ كَانَ بِدُونِهِ اسْتَتَمَّ

كما لو اشتراه بمائة ثم باعه للبائع بثمانين ثم اطلع على العيب، فله أن يرجع بعشرين

(١) «المدونة» (٣/ ٣٢٨).

(٢) «المتقى» (٦/ ٩٥).

تمام الثمن الأول.

وفي الرجوع إذا لم يكن البائع مدلساً نظراً؛ لإمكان أن يقال: إن المشتري إما أن يعلم بالعيب حين البيع أو لا، فإن علم فقد رضي، وإن لم يعلم فالنقص ما كان لأجل العيب وإنما كان بحواله الأسواق.

وهذه حجة ابن القاسم إذا باعه من أجنبي، وعلى هذا فلا يبعد أن يخرج في هذه المسألة الأقوال الآتية في البيع من أجنبي. والله أعلم.

وإن كان بأكثر، فإن كان مدلساً فلا كلام له، وإن كان غير مدلس رد ثم رد عليه...

أي: وإن كان المشتري قد باعه من بائعه بأكثر مما اشتراه به، فإن كان البائع أولاً مدلساً فلا كلام له لأنه رضي، وإن كان غير مدلس رد على المشتري، ثم للمشتري أن يتماسك أو يرد.

مثاله: لو اشتراه بعشرة ثم باعه البائع بخمسة عشر، فله أن يرد ويأخذ خمسة عشر.

وإن كان مع غير البائع ونقص، فثلاثة في «الموطأ»: يرجع بقيمة العيب، ورؤي: يرجع بالأقل من النقص بقيمة العيب إن كان نقص، وفيها: لا كلام له...

أي: وإن كان العقد بمعاوضة مع غير البائع ونقص الثمن في هذه المعاوضة عما كان اشتراه، فثلاثة أقوال:

الأول: يرجع بقيمة العيب، قاله مالك في «المختصر»، واختاره محمد بن عبد الحكم وزعم أن هذا مذهب مالك في «موطئه»^(١)؛ لقوله فيه: إذا فات العبد بوجه من وجوه الفوت فللمشتري الرجوع بقيمة العيب.

قال محمد: والبيع فوت.

قال في «التلقين»^(٢): وهذا هو الصحيح.

الثاني رواه أشهب عن مالك: أنه يرجع بأقل الأمرين من نقص الثمن أو قيمة العيب؛ لأنه إن كانت قيمة العيب أقل فأخذها فلا مقال له، كما لو كان سليماً، وإن كان الذي نقصه أقل فأخذها فلا مقال له؛ لأنه لو لم ينقص ثمنه لم يرجع بشيء، وهو قول أشهب،

(١) «الموطأ» (٢/ ٦١٣).

(٢) «التلقين» (٢/ ٣٨٨).

واختاره ابن حبيب، وروي أيضاً عن مالك.

وقوله: (إِنْ كَانَ نَقْصٌ) تكرر؛ لأن فرض المسألة مع النقص.

والقول الثالث في «المدونة»^(١): لا يرجع بشيء إلا أن ترجع إليه السلعة فله ردها، واحتج بأن المشتري إن كان عالماً بالعيب حال البيع فقد رضي، وإلا فالنقص إنما كان بحوالة السوق لا للعيب، واختاره ابن المواز، وقال: إلا أن يكون نقص من أجل العيب، مثل: أن يبيعه بالعيب وهو يظن أنه حدث عنده ولم يعلم أنه كان عند بائعه، أو يبيعه وكيل له ويظن ذلك فيرجع عليه بالأقل، كقول أشهب.

وظاهر كلام ابن يونس: أن قول محمد تقييد لقول ابن القاسم، وبذلك صرح غيره، ولم يذكر ابن الجلاب^(٢) ذلك على أنه تقييد، بل قال: ولو باعه ثم ظهر بعد البيع على عيب لم يرجع على البائع بشيء، وقيل: يبيعه كموته وعتقه، ويرجع على البائع بأرشه.

وقد قيل: إن كان قد نقص من ثمنه لأجل عيب وظن أن العيب حدث عنده، ثم علم أنه كان قديماً عند بائعه، أن له أن يرجع بأرش العيب عليه.

وقيد المصنف المسألة بالنقص؛ لأنه لو باع بمثل الثمن الأول فأكثر، فأحرى أن لا مقال له على قول ابن القاسم، وكذلك لا مقال له على قول أشهب.

وأما على ما نسب «للموطأ» فله قيمة العيب؛ لأنه جعل خروج المبيع من يد مشتريه بالبيع كخروجه بالهبة وشبهها.

فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، أَوْ بَمَلِكٍ مُسْتَأْنَفٍ مِنْ بَيْعٍ، أَوْ هَبَةٍ، أَوْ إِرْثٍ فَلَهُ الرَّدُّ، وَقَالَ أَشْهَبُ فِي الْبَيْعِ: يُخَيَّرُ فِي رَدِّهِ عَلَى الْبَائِعِ الْأَوَّلِ أَوْ رَدِّهِ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي، فَإِنْ رَدَّهُ رَدَّهُ..

أي: فإن عاد إلى البائع الثاني الذي هو مشتر أولاً، فإن رد عليه بعيب فله رده على البائع الأول، ولا يخالف أشهب في هذا الوجه.

وأما إن رجع إليه بغير الرد بالعيب، بل بملك مستأنف من بيع، أو هبة، أو ميراث، فقال ابن القاسم في «المدونة»^(٣): له الرد بالعيب على البائع الأول.

(١) «المدونة» (٣/ ٣٥٩).

(٢) «التفريع» (٢/ ١٧٤).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٤٤).

وقال أشهب: إن رجع إليه ببيع خيسر بين ما قاله ابن القاسم وبين أن يرده على الذي اشتراه منه آخرًا؛ لأنه صار بائعًا ، فإن رده على الأول أخذ منه الثمن الأول، وإن رده على المشتري الأخير أخذ منه الثمن، ثم يخير المشتري الأخير بين أن يتماسك به فيتم العمل، أو يرده على المشتري الأول، فإن رده عليه فله أن يرده على البائع الأول، وهذا معنى قوله: (فَإِنْ رَدَّهُ رَدَّهُ) أي: فإن رده المشتري الأول على المشتري الثاني رده المشتري الثاني على المشتري الأول إن شاء، ثم يرده المشتري على البائع الأول إن شاء.

وظاهر قول ابن القاسم في «المدونة»^(١): أنه يرد على البائع، سواء قام عليه بالعيب قبل أن يرجع إليه المعيب أم لا.

وقال ابن حبيب: إن كان قام عليه قبل أن يرجع فحكم له بعدم الرجوع لخروجه من يده بمثل الثمن فأكثر فلا قيام له.

أبو محمد: وهو بعيد من أصولهم.

ابن يونس: لأنه إنما منع من القيام عليه لعله وقد ارتفعت.

وَالسُّكُوتُ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ وَالْفِعْلُ الدَّلَالُ عَلَى الرِّضَا كَالْقَوْلِ

هذا هو المانع الثالث، وهو ظهور ما يدل على الرضا به من السكوت عن القيام به ولا مانع من خوف ونحوه، أو فعل دال على الرضا كما سيأتي.

وشبه السكوت والفعل بالقول؛ لأنه أصرح منهما.

وهذا لأن الرد بالعيب على الفور، ويبطل بالتأخير من غير عذر؛ إذ الأصل في البيع اللزوم، فإذا تمكن من الرد وتراخى عنه لزمه.

قال في «المدونة»^(٢): إلا أن يكون كالיום ونحوه بعد أن يحلف أنه ما كان منه رضا.

ابن عبد السلام: وما ذكره من أن السكوت يدل على الرضا هو ظاهر المذهب، وإن كان بعض الشيوخ يذكر اختلافًا في السكوت هل ينتزل منزلة النطق؟ والذي تدل عليه مسائل المذهب: أن كل ما يدل على ما في نفس الإنسان من غير النطق، فإنه يقوم مقام النطق، نعم يقع الخلاف في المذهب في فروع، هل حصل فيها دلالة أم لا؟

(١) «المدونة» (٣/ ٣٤٤).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٩٩).

فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ غَائِبًا أَشْهَدَ شَاهِدَيْنِ، فَإِنْ عَجَزَ أَعْلَمَ الْقَاضِي فَتَلَوَّمَ ثُمَّ قَضَى عَلَيْهِ بَعْدَ أَنْ يَثْبُتَ الْعُهُدَةُ...

أي: فإن كان البائع حاضراً معه في البلد رد عليه، وإن كان غائباً أشهد شاهدين أنه لم يرض بالعيب، ورد عليه إن أمكن بأن تكون غيبته قرية أو له وكيل حاضر.

فإن عجز عن الرد لبعد الغيبة رفع إلى القاضي فيثبت عنده الشراء وصحته وصحة ملك البائع إلى حين البيع، وأنه اشترى على بيع الإسلام وعهده - أي: على حقه في العيب والاستحقاق - وليس مراده عهدة الثلاث أو السنة.

وهذا الشرط وقع في «المدونة»^(١)، وقيده بما إذا لم يرد أن يحلف؛ لأن القول قول المشتري مع يمينه على نفي البراءة.

وفصل اللخمي، فقال: إن كانت العادة البيع على البراءة لم يحكم له بالرد إلا أن يثبت أنه ابتاع إلى العهدة، وإن كانت العادة العهدة أو لا عادة بواحد منهما، فهو على العهدة ويستظهر عليه باليمين.

ابن لبابة، وابن رشد وغيرهما: ويثبت يوم التبائع؛ لأن العيوب تقدم وتحدث. وقوله: (فَتَلَوَّمَ) أطلق في التلوم، وقيده في «المدونة» في كتاب العيوب بأن يكون بعيد الغيبة وطمع في قدومه.

ابن بطال: تلوماً سيراً، ولم يذكر في «المدونة» في باب التجارة لأرض الحرب وباب القسم تلوماً.

المتيطي: وحمل ذلك غير واحد من الشيوخ على الخلاف.

خليل: ولا يبعد حمله على الوفاق، والذي اعتمد عليه أصحاب الوثائق التلوم.

قال في «المدونة»^(٢): ولا يعجل بالقضاء على قريب الغيبة.

واختلف الشيوخ إذا قالت البيعة لا نعلم مكانه، هل يكون ذلك كشهادتهم ببعد الغيبة ويقضى عليه وهو قول ابن مالك القرطبي، أو ذلك بمنزلة الغيبة القرية فلا يقضى عليه وهو قول ابن سهل.

(١) «المدونة» (٣/ ٣٣٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٣٨).

والأول أصوب، وهو الذي تدل عليه «المدونة» والمسائل، وساق مسائل تدل على ما ذكره من أن مجهول الغيبة بمنزلة بعيدها.

وما تقدم من أنه لا بد من إثبات صحة الشراء كذلك هو في «المدونة»، وقيده بما إذا لم يرد أن يحلف.

فضل: لأن وجوب اليمين في العهدة أكد منها في هذا؛ لأن البيئة إذا شهدت بصحة العقد يكون وقوع الفساد بعيداً بخلاف البراءة؛ لإمكان أن يكون أبرأه بعد.

ويثبت أيضاً أنه نقد الثمن، وأنه كذا وكذا إن أراد أخذه، قاله في «المدونة»^(١).

ابن رشد^(٢) وغيره: إلا أن يكون قد مضى من المدة ما لو أنكر البائع القبض كان القول قوله مع يمينه أنه قد دفعه إليه، وذلك العام والعامان على ما ذهب إليه ابن حبيب، والعشرون عاماً ونحوها على ما ذهب إليه ابن القاسم.

ويثبت وجود العيب الذي يوجب الرد، وأنه أقدم من أمد التبايع، قالوا: ويحلف على أنه بيع صحيح وأنه لم يبرأ منه، وأنه ما اطلع عليه بعد البيع ورضيه، ولا استخدم العبد بعد اطلاعه على العيب.

وَتَصَرَّفُ الْمُضْطَرُّ - كَالْمُسَافِرِ عَلَى الدَّابَّةِ - لَيْسَ بِرِضًا، خِلَافًا لِأَشْهَبَ

لما قدم أن التصرفات الاختيارية تدل على الرضا تكلم على ما لا يدل على ذلك كالصرف حال الاضطرار، ومثل ذلك بالمسافر يطلع على عيب في الدابة فيتمادى على ركوبها، وفي معناه الحمل عليها.

وقوله: (لَيْسَ بِرِضًا) هو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في «العتية»، وبه أخذ أصبغ وابن حبيب لأنه كالمكره، قال في هذه الرواية: وليس عليه شيء في ركوبها بعد علمه، ولا عليه أن يكتري غيرها ويسوقها وليركب، فإن وصلت بحالها ردها، وإن عجفت ردها وما نقصها، أو يجسها ويأخذ قيمة العيب.

قال في «البيان»^(٣): ولا يجب عليه الرجوع بها إلا أن يكون قريباً لا مؤنة عليه في

(١) «المدونة» (٣/ ٣٣٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٠٥).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٦٥).

الرجوع، ويستحب له أن يشهد أن ركوبه إياها ليس برضا منه بالعيب، فإن لم يفعل لم يضره ذلك، وقال أشهب في «الموازية»، ورواه عن مالك: إن حملة عليها رضا كالإقامة، وبه قال ابن عبد الحكم.

وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (خِلَافًا لِأَشْهَبَ).

ووقع في بعض النسخ بعد قوله: (لَيْسَ بِرِضًا)، (لأنه غلبة) وهو تعليل لا يحتاج إليه؛ لأن المضطر يغني عنه.

ونقل في «البيان»^(١) عن ابن كنانة: إذا وجد العيب بالدابة في سفر فليشهد عليه ويردها ولا يركبها في ردها، إلا أن يكون بين قريتين فيبلغ عليها إلى القرية ليشهد. وعن ابن نافع: أنه لا يركبها ولا يحمل عليها، إلا أن لا يجد من ركوبها والحمل عليها بدءًا في السفر، فليشهد على ذلك ويركب أو يحمل إلى الموضع الذي لا يجوز له أن يركبها.

يعني: حتى يجد حكمًا وبينة تشهد له بذلك الموضع بما يستوجب ردها، قال: فاعرف أنها ثلاثة أقوال، وعلى هذا فيتحصل فيها بقول أشهب أربعة أقوال.

وَمَا لَا يَنْقُصُهُ - كَالدَّارِ - لَيْسَ بِرِضًا ؛ لِأَنَّهُ غَلَّةٌ

أي: إذا اشترى دارًا فسكنها واطلع على عيب بها وبائعها غائب أو حاضر، فله التماضي على السكنى من غير هدم.

المازري وغيره: ولا يلزمه إخلاؤها، بل يبقى على استعمالها وهو يخاصم؛ لأن ذلك غلة وخراج، والخراج بالضمان وضمانها منه.

اللخمي: والغلة له حتى يحكم بالفسخ.

وقوله: (لأنه غلّة) جواب عن سؤال مقدر، كأن قائلًا يقول: فإذا لم يكن سكنها دليلًا على الرضا وهو قد سكن عالمًا بالعيب عازمًا على الرد، فينبغي أن يرد الكراء، فأجاب: أنها غلة والخراج بالضمان، وليس مراده تعليل تماضي السكنى بالغلة؛ لأن ذلك منقوض بالشوب والعبد ونحوهما.

ويحتمل أن تكون غلة موصوفًا حذفت صفته، والتقدير: أنه غلة غير منقصة، ودل على هذا المحذوف صدر المسألة وهو قوله: (وَمَا لَا يَنْقُصُهُ) وعلى هذا فتكون العلة في

حصول الرضا الاستغلال المنقص.

بِخِلَافِ الْعَبْدِ وَالِدَابَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ، فَيَنْزِلُ عَنِ الدَّابَةِ مَا لَمْ يَتَعَذَّرْ قَوْذُهَا

أي: أن الحكم في العبد والدابة ونحو ذلك كالثياب مخالف للدار؛ لأن العبد والدابة يغيرهما الاستعمال.

ومراد في حق الحاضر؛ لجعله هذا قسيماً للمسافر.

والشاذ لابن حبيب: لا بأس أن يركب الدابة في مكانه بالمعروف إذا أُلْجِأَ البائع إلى الخصومة حتى يحكم له بردها؛ لأن عليه النفقة ومنه الضمان، وكذلك الجارية والعبد له أن يستخدمهما بالمعروف.

واتفق على أنه إن لبس الثوب أو وطئ الجارية أن ذلك رضا؛ لأن اللبس ليس غلة وهو ينقص الثوب، والوطء لا يحل في أمة لا يختار إمساكها.

وقوله: (فَيَنْزِلُ عَنِ الدَّابَةِ) تفريع على المشهور، وتبع المصنف في هذا ابن شاس^(١)، وهو مخالف لظاهر قوله في «العتبية»^(٢).

وأما الحاضر فإن ركبها ركوب احتباس لها بعد أن علم بالعيب لزمه، وذلك رضا.

وأما إن ركبها ليردها وشبه ذلك، فلا شيء عليه.

وفي «البيان»^(٣): وأما الحاضر فليس له أن يركبها بعد وجود العيب بها إلا في ردها.

وفيما ذكره المصنف حرج؛ إذ نزول ذي الهيئة عن الدابة وقودها عليه من أعظم الحرج، والظاهر: أن له ركوبها إلى منزله.

ويمكن حمل كلام المصنف عليه بأن يقال، قوله: (مَا لَمْ يَتَعَذَّرْ قَوْذُهَا) معناه: سواء كان تعذر القود من جهتها أو من جهة المشتري؛ لأن المشتري إذا كان من ذوي الهيئات يتعذر عليه قودها.

وَإِذَا زَالَ الْعَيْبُ مِّنَ الرَّدِّ، إِلَّا فِيمَا لَهُ عِلْقَةٌ كَالطَّلَاقِ، وَاحْتِمَالِ عَوْدِ الْبَوْلِ

هذا هو المانع الرابع؛ أي: إذا زال العيب قبل القيام به فلا رد له؛ لأن العلة في تخيير

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٨٨).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٦٥).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٦٦).

المشتري في الرد وجود العيب، فإذا زال العيب على وجه تؤمن معه العودة فيزول التخير، ثم استثنى ما له علاقة كطلاق العبد؛ لبقاء التشوف بعد الطلاق للزوجة، وما لم تؤمن عودته كالبول في الفراش، وهكذا قال ابن القاسم. وقال أشهب: إن انقطع انقطاعاً بيناً كالسنين الكثيرة فليس بعيب، وإن كان اليسيرة فهو عيب.

وحمل اللخمي قول أشهب على الخلاف. وقال ابن محرز: إذا تحقق الانقطاع فابن القاسم يوافق أشهب، ورأى أن الخلاف بين ابن القاسم وأشهب إنما هو للاختلاف في الصورة. وقال الباجي^(١): يحتمل أن يكون قول ابن القاسم وأشهب في ذلك واحداً إذا انقطع عنها العشرة أعوام ونحوها.

ولم يذكر المصنف في الطلاق خلافاً، وذكر فيه ابن رشد^(٢) وفي الموت ثلاثة أقوال: أحدها للمالك: أنه لا يذهب بذلك لاعتياده بالزوجة، وكذلك الأمة لاعتيادها بالزوج، والطلاق أشد لما يخشى من تعلق نفسه بها وتعلق نفسها به.

الثاني لابن حبيب، وأشهب: أن العيب يذهب بالموت دون الطلاق. ابن حبيب: إلا أن تكون الأمة راتعة؛ يعني: في الموت. ابن رشد^(٣): وهو أعدل الأقوال.

الثالث: أن العيب يذهب بالموت والطلاق، تأوله فضل على «المدونة»^(٤) من قوله: إذا اشترى الأمة وهي في عدة من طلاق فلم يعلم بذلك حتى انقضت العدة، أنه لا رد له، قال: وليس بين؛ لاحتمال علمه بالزوجة دون العدة.

واختار التونسي أيضاً: أنه يرتفع بالموت والطلاق ليس من هذا الموضع، ولكن احتج عليه بأنه لو لم يكن كذلك لزم إذا وهبها لعبد يطؤها ثم انتزعا أن عليه البيان.

(١) «المنتقى» (٦ / ١٠٩).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨ / ٢٧٧).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨ / ٢٧٧).

(٤) «المدونة» (٣ / ٣٥٠).

ابن رشد^(١): ولعمري إن بينهما لفرقاً؛ لحق الزوجة في الوطاء دون الأمة.

ابن عبد السلام: وهذا الفرق ليس بين؛ لأن علة كون الزوجة عيباً ليس هو وطاء الزوج أو الزوجة، وإنما هو تأنس العبد والأمة بالوطاء، وذلك لا يفترق فيه سيد من زوج. **وَتَغَيَّرُ الْمَبِيعُ الْيَسِيرُ كَالْعَدَمِ، وَالْمُخْرَجُ عَنِ الْمَقْصِدِ مُفِيتٌ بِالْأَرْضِ، وَمَا بَيْنَهُمَا يُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي فِي اخْتِذِ أَرْضِ الْقَدِيمِ، وَفِي رَدِّهِ وَدَفْعِ الْحَادِثِ**

لما تكلم على ما يمنع الرد مطلقاً شرع فيما يمنعه على وجهه، وحاصله: أن العيب الحادث عند المشتري ثلاثة أقسام: إن كان يسيراً فلا أثر له ووجوده كعدمه، والحمل فيه على البائع أولى؛ لأنه إما مفطر بعدم بحثه عن المبيع فكان كالمدلس، وإما مدلس. واختلف في اليسير، فقليل: ما أثر نقصاً يسيراً في الثمن - وإليه أشار في «المدونة» - وقيل: ما لا يؤثر فيه نقصاً أصلاً، وإليه ذهب الأبهري.

وإن كان كثيراً يخرج المبيع بسببه عن المقصود، فيمنع من الرد؛ لأن ذهاب المنافع المقصودة منه تصيره كالعدم.

وإن كان متوسطاً خير المشتري كما ذكر؛ لأن البائع أدخله في أمرين عليه في كل منهما مشقة، فعليه في التزام المبيع مع كونه معيباً تكرهه النفوس مشقة، وكذلك في إلزامه قيمة العيب الحادث إذا رد المبيع، كما لو اشتراه بمائة ثم اطلع على عيب كان فيه وحدث به آخر، فيقوم صحيحاً بمائة، ومعيباً بالأول بثمانين وبالثاني بستين.

فإذا أن يرد ويعطي عشرين، أو يتماسك ويأخذ عشرين، فلو كان اشتراه بمائتين؛ لكان إما أن يرد أربعين أو يأخذ أربعين.

وبالجملة فاجعل القيمة كالميزان، ولا فرق على المشهور في العيب بين أن يكون بسبب المشتري أو من الله تعالى.

وقال أبو الفرج: لا يرد لما حدث عنده إن كان حدث بأمر من الله تعالى، بخلاف ما حدث بسببه فيرد معه ما نقص.

عياض: وهو خلاف أهل المذهب.

(١) «البيان والتحصيل» (٨ / ٢٧٧).

مَا لَمْ يَقْبَلْهُ الْبَائِعُ بِالْحَادِثِ فَيَتَّعِنُ عَلَى الْأَصَحِّ

يعني: إن تخيير المشتري بين ما ذكر مشروط بكون البائع أبى من قبول المبيع على حاله بلا أرش، فإن قبله البائع بالحادث من غير أرش ارتفع تخيير المشتري وتعين رد المعيب، إلا أن يتمسك به المشتري بغير أرش، هذا مذهب «المدونة» وهو الأصح؛ لأن العلة في تخيير المشتري إنما كانت لما يلزمه من الغرم للحادث، وقد ارتفع السبب وهو الغرم، فيرتفع مسببه وهو التخيير.

وقال ابن نافع، وعيسى بن دينار: التخيير باق للمشتري ولو ارتفع عنه الغرم عملاً بالاستصحاب، وهذا مقابل الأصح.

وقال ابن [لبابة] (١): إن كان البائع مدلساً فالتخيير باق وإلا فلا.

عياض: وهو جيد في الفقه.

هَذَا أَصْلُ الْمَذْهَبِ، وَالْمُخْتَلَفُ فِيهِ لِتَحَقُّقِهَا

أي: ما ذكره من التقسيم هو الأصل في المذهب، وإن اختلف في شيء فإنما هو خلاف في تحقيق مناط، هل هو من هذا أو من هذا.

فَفِيهَا: الْوَعَكُ، وَالرَّمْدُ، وَالْحُمَى مِنَ الْأَوَّلِ، وَرَوَى أَشْهَبُ: مِنَ الثَّالِثِ

أي: من الأول، يريد: ولا شيء عليه، و(من الثالث) أي: يخير، وليس في «المدونة» الوعك.

وتبع المصنف في نسبة الوعك «للمدونة» المازري وابن شاس، ولعلهما رأيا أنه في معنى الحمى.

وألحق فيها الكي، والدماويل، والصداع، وذهاب الظفر، قال فيها: وأما زوال الأثمة ففي الوحش خاصة.

وحمل الباجي (٢) قول ابن القاسم في الحمى على الخفيفة دون ما أضعف ومنع التصرف.

(١) في ط: كنانة.

(٢) «المتقى» (٦/ ١٠٤).

واختار اللخمي أن يوقف في الرمد والحمى حتى ينظر مآل أمرهما، كقول ابن كنانة في مرض العبد الحادث عند المشتري: أنه يوقف حتى ينظر هل يصح أو يموت.
وقال ابن القاسم: يرده إلا أن يكون مرضاً مخوفاً.

ابن عبد السلام: ولم أقف على ذكر الرمد في رواية أشهب، وإنما نقل الباجي^(١) عنه الوعك والحمى ولم يذكر ذلك رواية، وإنما ذكره عن أشهب.

وَفِيهَا: الْعَمَى وَالشَّلْلُ مِنَ الثَّالِثِ. وَقَالَ ابْنُ مَسْلَمَةَ: مِنَ الثَّانِي

صرح المازري بمشهورية ما في «المدونة»، وقول ابن مسلمة أظهر؛ لأن العمى والشلل يبطلان المنفعة، وهذا هو تأويل الجمهور.

وتأول عياض «المدونة» على الوفاق لقول ابن مسلمة، وقال: لا شك أن العمى فوت، وإنما ذكره أول الباب في العيوب المفسدة.

خليل: وفيه بعد من جهة اللفظ، لكنه الظاهر من جهة المعنى.

وَفِيهَا: كَبُرُ الصَّغِيرِ مِنَ الثَّانِي، وَقِيلَ: مِنَ الثَّالِثِ

تصوره واضح، فرأى في «المدونة» أن كبر الصغير يصير نوعاً آخر، والقول الآخر للمالك في «الموازية».

وَعَجْفُ الدَّابَّةِ مِثْلُهُ، وَهَرَمُ الرَّقِيقِ مِثْلُهُ، وَقِيلَ مِنَ الْأَوَّلِ

مقتضى كلامه أن المشهور في هرم الرقيق وعجف الدابة أنها مفيتان؛ لأنه شبههما بكبر الصغير، وهو صحيح في الهرم، فإن المشهور - وهو مذهب «المدونة» - أنه فوت، وكذلك ذكر في «الجواهر»^(٢) أيضاً في عجف الدابة، فقال: اختلف في عجف الدابة وهرم العبد والأمة.

فالمشهور: أن ذلك من الضرب الثالث، ورأهما ابن مسلمة من الضرب الأول، والضرب الأول في كلامه هو الثاني في كلام المصنف، والأول في كلامه هو المفيت، وكذلك نص اللخمي على إلحاقه بالهرم، لكنه شرط فيه أن لا يرجى ذهابه، وفيه شيء، فقد قال أصبغ: لم يختلف قول مالك أن عجف الدابة مما يخير فيه المشتري.

(١) «المتقى» (٦/ ١٠٤).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٩٠).

وزاد المصنف في الهرم قولاً ثالثاً: بأنه من الأول؛ أي: فيرد ولا شيء عليه إن تمسك ولا شيء له، وهذا لم أقف عليه ولا حظ له في النظر.
وكذلك قال ابن راشد: إنه لم يقف عليه.

فرع :

وما حد الهرم؟ ذكر أبو بكر الأبهري عن مالك: أن ذلك إذا ضعف وزهبت قوته ومنفعته أو أكثرها.

وقال عبد الوهاب^(١): إذا هرم هرمًا لا منفعة فيه فإنه فوت.

الباجي: والصحيح عندي إذا ضعف عن منفعة المقصودة ولم يكتن الإتيان بها، أن ذلك فوت ويرجع بقيمة العيب.

وَوَطْءُ الثِّيبِ مِنَ الْأَوَّلِ، وَقِيلَ: مِنَ الثَّانِي، وَافْتِضَاؤُ الْبِكْرِ مِنَ الثَّالِثِ

القول بأن وطء الثيب من القسم الأول هو المشهور عن مالك وأصحابه، قاله المازري.
والقول الثاني لابن وهب، وابن نافع، وأصبع.

وأما وطء البكر: فهو عند مالك من الثالث.

وقيده الباجي^(٢) بالعلي، وأما الوحش فذلك لا ينقصها بل يزيدها.

وهكذا نقل المازري عن بعض المتأخرين أنه قال: لا شيء عليه في وطء الوحش.

وَتَزْوِيجُ الْأَمَةِ مَشْهُورُهَا مِنَ الثَّالِثِ

أي: أن من اشترى أمة فزوجها ثم اطلع على عيب قديم، ففيها ثلاثة أقوال:

الأول: أنه من القسم الأول، فيرد ولا شيء عليه، أو يتمسك ولا شيء له.

نقله المازري عن بعض المتأخرين، وأخذه أيضاً من قول ابن القاسم في «العتبية»^(٣):

أنه إذا اشترى جارية ثم اطلع فيها على عيب بعد أن تزوجها وولدت، أنه إن اختار ردها بالعيب لم يرد قيمة عيب النكاح الحادث عنده، قال: إلا أن يقال: إنما قال ذلك لزيادة

(١) «التلقين» (٢/ ٣٨٧).

(٢) «المتقى» (٦/ ١١١).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٥٩).

الولد، فيكون ولدها جبر عيب النكاح.

القول الثاني: أنه من المفيت، وهذا أجراه اللخمي على قول ابن مسلمة، فقال: وعلى قول ابن مسلمة في العبد إذا عمي أو ذهبت يده يكون النكاح فوطاً ويرجع بقيمة العيب ولا يرد؛ لأن النكاح يبطل الغرض منها إذا كانت من جوارى الوطاء، وإن كانت من الوحش فمن أجل تردد الزوج إليها أو تردها إليه، وإن شرط الزوج أن يتبوا بيتاً فأبين.

والقول الثالث، وهو المشهور: أنه من القسم الثالث.

وفي جبره بولد قولان

يعني: إذا فرعنا على المشهور فولدت، فهل يجبر الولد عيب التزويج؟ قال ابن القاسم في «المدونة»: يجبره ويرد ولا شيء عليه.

وقال مالك، وأشهب: لا يجبره.

وأكثرهم يصوب قول مالك وأشهب؛ لأن قول ابن القاسم يشبه قول الشافعي: إن الولد غلة. ورد ذلك اللخمي: بأنه لم يحكم بذلك؛ لأنه لا خلاف أن ولد الحرة من العبد حر، وولد الأمة من الحر عبد، وولد المعتق بعضها بمنزلتها، وولد المدبرة مدبر، ولو كان الولد غلة لبطل ذلك، وإنما رآه من باب: «لا ضرر ولا ضرار»؛ لأن الأم إذا عادت بالولد على مثل القيمة الأولى لم يكن عليه ضرر.

وعلى الجبر، فالذي فهمه الأكثر وهو الصحيح: أنه إنما يجبر إذا كانت قيمة الولد تساوي قيمة عيب النكاح فأكثر، وأما إن كانت قيمة الولد أنقص، فلا بد أن يرد مع الولد ما بقي.

وفهم ابن المواز أن ابن القاسم يقول: إن الولد يجبر وإن كانت قيمته أنقص، وجعل ذلك سبب رجحان قول أشهب.

وَحَادَثُ بَيْعِ التَّدْلِيسِ إِنْ كَانَ مِنَ التَّدْلِيسِ - كَقَطْعِ يَدِهِ مِنَ السَّرَقَةِ، وَقَتْلِهِ مِنْ حَرَابَةٍ، وَمَوْتِهِ مِنْ حُمَى، أَوْ كَانَ سَمَاوِيَا، أَوْ بَتَصَرَّفٍ مُعْتَادٍ فِي مِثْلِهِ، وَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ فِيهِمَا - فَهَدَرٌ، وَإِلَّا فَتَخْيِيرُهُ.

يعني: أن من اشترى شيئاً رقيقاً أو غيره دلس له البائع بعيب فيه فحدث بسبب العيب في المبيع حادث، ومثله بثلاث صور:

الأولى: أن يكون البائع دلس بعيب السرقة فسرق عند المشتري فقطعت يده.

الثانية: أن يدلس بعيب الحراة فيقتل بها.

الثالثة: أن يدلس بالحمى فيموت بها.

قوله: (أَوْ كَانَ سَمَاوِيَا) اسم كان عائد على الحادث؛ أي: لم يحدث بسبب عيب

التدليس، كما لو دلس بالإباق فأبقى فمات.

وهذا مقيد بأن يكون الحادث في زمان عيب التدليس كما مثلنا.

وما ذكره المصنف في السماوي: من أن المشتري يرجع بجميع الثمن، هو المشهور؛

لأن الإباق هو الذي حال بينه وبين منفعه.

وقال ابن دينار: يرجع بأرش الإباق خاصة، بخلاف ما لو هلك بسبب الإباق، كما

لو اقتحم نهراً فهلك، أو تردى فهلك، أو دخل موضعاً فنهشته حية.

ابن حبيب: وبالمشهور قال جميع أصحاب مالك.

قوله: (أَوْ بَتَصَرَّفٌ مُعْتَادٌ) كما لو اشترى مقطوعاً فقطعه قميصاً أو سراويلات، ولو

قطعه قلانس لكان تصرفاً غير معتاد، وأطلق في التصرف المعتاد وهو مقيد بالأ يتنفع به،

وأما لو انتفع به، مثل: أن يشتري ثوباً فيلبسه لبساً ينقصه، فإنه يرد مع الثوب قيمة اللبس؛

لأنه صان به ماله.

ولو اشترى أمة فافتضاها، فالرواية أنها كاللبس.

وقال ابن الكاتب: لا يلزمه قيمة الافتضاخ كقطع الثوب.

قوله: (وَهُوَ) عائد على الحادث، وقوله: (فِيهِمَا) عائد على السماوي والتصرف

المعتاد، وقوله: (فَهَدَرٌ) جواب للشرط، والجملة الشرطية جواب عن قوله: (وَحَادِثٌ يُبَّعُ

التَّدْلِيسُ)، والهدر: الذي لا شيء فيه.

وحاصله: أن ما حصل بسبب التدليس لا يفصل فيه، وما حدث بسماوي أو بتصرف

معتاد، فإن كان من الثالث فهدر، وإلا فكغير الحادث من التدليس، ويعمل فيه على ما

تقدم.

وتبع المصنف في قوله: (وَهُوَ مِنَ الثَّالِثِ) ابن شاس^(١)، وهو قيد ليس بظاهر؛ لأن

السماعي سواء كان مفيتاً أو لا يرجع فيه بجميع الثمن على المشهور كما تقدم.
وأما التصرف المعتاد: فإن لم يكن من الثالث بل من المفيت فليس بمعتاد، فالتقييد بالمعتاد يغني عن التقييد بكونه من الثالث.

فإن قلت: هذا إنما يأتي إذا حملنا قوله: (أو كان سماوياً) على أن ذلك السماوي حدث في زمان الإباق كما ذكرنا، ولم لا حملت ذلك على ما إذا لم يكن في زمان الإباق.

فالجواب: لا يصح حمله على ذلك؛ لأنه مخالف للمنقول، لأن في «المدونة»^(١): وما حدث من غير سبب عيب التدليس فلا يردّه إلا مع ما نقصه.

فروع :

الأول: لو ادعى المدلس أن المشتري علم بالعيب ورضيه، ففي «المدونة»^(٢): ليس له أن يحلف المبتاع إلا أن يدعي علم رضاه لمخبر أخبره، أو يقول: قد بينته له فرضيه، قال فيها: وكذلك إن قال له احلف أنك لم تر العيب عند الشراء، فلا يمين عليه حتى يدعي أنه أراه إياه فيحلفه.

ورأى أشهب: أنه ليس له أن يحلفه وإن ادعى علم رضاه لمخبر أخبره؛ لأنه قد يكذب ليتوصل إلى غرضه، وصوبه اللخمي.

ابن أبي زمنين: وعلى الأول فيحلف أولاً البائع لقد أخبره مخبر.
بعض شيوختنا: ويزيد مخبر صدق.

المازري: ولو ذكر المخبر وأحال على حاضر لاستغنى عن اليمين.
ابن يونس: وإن كان المخبر مسخوطاً.

الثاني: إذا أبق العبد عند المشتري بقرب الشراء، وقال المشتري للبائع: أخشى أنه لم يأبق بقرب البيع إلا وقد أبق عندك فاحلف لي، ففي «المدونة»^(٣): لا شيء عليه، وما جهل أمره، فهو على السلامة حتى يقوم ببينة.

(١) «المدونة» (٣/ ٣٥٣).

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٥٣).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٤٨).

اللخمي: والمسألة على ستة أوجه: إن قال: يمكن أن يكون سرق عندك أو أبق ولم يحصل ذلك عنده، أو يقول: أخبرت أنه سرق عندك أو أبق فاحلف أنه لم يثبت مثل ذلك عندك، أو يقول: سرق عندي أو أبق فاحلف أنه لم يحدث مثل ذلك عندك، أو يعلم أنه سرق عند المشتري أو أبق، فيقول: احلف أنه لم يكن مثل ذلك عندك، أو يقول: علمته أنه حدث مثل ذلك عندك فعليه اليمين في هذا القسم؛ لأنه اجتمع فيه الوجهان ثبوت السرقة أو الإباق، ودعوى العلم أنه فعل مثل ذلك عند البائع، ولا يمين في القسم الأول، ولا خلاف في هذين، واختلف فيما سوى ذلك.

الثالث: إذا أقر ببعض العيب وكتم بعضه، كما لو قال: أبق عندي شهراً وكان قد أبق سنة وهلك في الإباق، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: إن هلك في المقدار الذي بينه فلا يكون كالمدلس، وإنما يرجع عليه بقيمة العيب، وإن هلك في المقدار الذي دلس به فيرجع بجميع الثمن، وكذلك إذا ذكر أقرب من المسافة التي أبق إليها.

ابن يونس: وقال غيره من أهل بلدنا، إذا قال: أبق عبي مرة وكان أبق مرتين، وأبق عند المشتري وهلك بسبب الإباق، فإنه يرجع بقدر ما كتّمه، بخلاف التدليس بجميع الإباق، وقال غيره: إن بين له أكثر العيب الذي هلك بسببه، رجع المشتري هنا بقدر ما كتّمه، وإن كتّمه أكثر العيب رجع المشتري بجميع الثمن.

فَلَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي فَهَلَكَ بِعَيْبِ التَّدْلِيسِ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَرْجِعُ الثَّلَاثُ عَلَى الْأَوَّلِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، فَإِنْ زَادَ لِلثَّانِي، وَإِنْ نَقَصَ كَمَلَهُ الثَّانِي

أي: فلو باع المشتري العبد الذي دلس به عليه البائع ولم يعلم بعيب التدليس وأبق عند المبتاع الثاني ومات.

قال المازري، وابن شاس^(١) والمصنف، فقال ابن القاسم: يأخذ الثالث الثمن من الأول، أعني: الذي كان أخذه من الثاني، فإن كان مساوياً للثمن الأول فلا إشكال، وإن كان أنقص منه كمله الثاني، وإن كان أكثر أخذ الثالث منه مقدار ثمنه وأخذ الثاني بقية ذلك. وصرح المازري، وابن شاس^(٢): بأن الثالث يأخذ جميع الثمن وإن زاد على ما دفعه

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٩٢).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٩٢).

الثالث للثاني.

خليل: وفيه نظر، إذ ليس بوكيل للثاني على الزيادة وقد يبرئه منها.
ومن حجة المدلس أن يقول للثالث: معاملتي لم تكن معك ولولا الثمن الذي خرج
من يدك لما كان لك عليّ مقال فلا يكون لك غيره.

ووجه المازري هذا القول: بأن ابن القاسم قدر أنه وإن لم يدلس عليه من باشر البيع له
فإن المدلس على ما باع منه يقدر مدلساً عليه؛ لأنه يقول له: لو أعلمت الأوسط بالإباق
لأعلمني فلم أشتري منه إن كان مدلساً عليّ فأنت سبب إتلاف الثمن عليّ.

وظاهر ما نقله المازري، وابن شاس، والمصنف: أن الثالث إنما يرجع ابتداء على الأول.
والذي نقله في «الموازية» من رواية أصبغ، ونقله ابن يونس وغيره: أنه إنما يرجع على
الأول إذا كان الثاني عديماً، وقاله سحنون وغيره.

فلعل كلام المصنف والمازري مقيد بهذا، ولابن القاسم قولان.
وصرح المازري وابن شاس^(١): بأنه إذا نقص عن ثمن الثاني أن الثاني يكمله، وهو
خلاف ما في «النوادر»^(٢).

وابن يونس عن ابن القاسم: أنه إذا أخذ من الأول الثمن فلم يكن فيه إلا أقل من
الثمن الآخر، فليس له غيره ولا يرجع بتمامه على بائعه؛ إذا لم يدلس إلا أن يكون الثمن
الأول أقل من قيمة العيب من الثمن الثاني فليرجع على بائعه بتمام قيمة عيبه، ابن عبد
السلام: وإنما الذي يقرب من كلام المؤلف - وإن لم يكن هو - ما قاله سحنون: إذا أخذ
الثمن من الأول في عدم الثاني فلم يكن فيه مثل رأس مال المشتري، فإنه يرجع على البائع
الثاني بالأقل من تمام ثمنه أو قيمة العيب من ثمنه.

وَقَالَ أَصْبَغُ: يَرْجِعُ عَلَى الْأَوَّلِ بِقِيَمَةِ الْعَيْبِ وَيَأْخُذُ الثَّانِي بِقِيَمَةِ الثَّمَنِ

يريد، وقال أصبغ: إذا كان الثاني عديماً يؤخذ الثمن من الأول فيدفع إلى الثالث منه
قيمة العيب التي يستحقها على الثاني لو انفرد به، وتسلم بقيته للأوسط.
وهكذا نقل المازري، وابن يونس، وابن شاس.

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٩٢).

(٢) «النوادر والزيادات» (٦/ ٢٣٢).

والى دفع البقية للأوسط أشار المصنف بقوله: (وَيَأْخُذُ الثَّانِي بَقِيَّةَ الثَّمَنِ).

ابن يونس: ووجهه أن الأول مدلس بعيب هلك العبد بسببه فوجب أن يرد الثمن على بائعه، أصله: لو أبق عند الثاني، وأما الثاني فلم يدلس في الثالث فلم يجب له إلا قيمة العيب من ثمنه، فإذا أخذه من بائعه الأول فلا كلام له، وليس هو قول أصبغ، وإنما رواه عن ابن القاسم، وهذا تقرير هذا المحل.

وما ذكره ابن راشد: أن مراد المصنف أن الثالث بعد أن يأخذ قيمة العيب من الأول يأخذ بقية الثمن من الثاني ليس بظاهر، ولعل ذلك لأن في نسخته: (بَقِيَّةَ الثَّمَنِ) والصواب: (بَقِيَّةً) كما ذكرنا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَرْجِعُ الثَّالِثُ؛ إِمَّا عَلَى الثَّانِي بِالْأَرْضِ فَيَكُونُ عَلَى الْأَوَّلِ لِلثَّانِي الْأَقْلُ مِمَّا غَرِمَ وَكَمَالَ الثَّمَنِ الْأَوَّلُ، وَإِمَّا عَلَى الْأَوَّلِ بِالْأَقْلُ مِنَ الْأَرْضِ وَكَمَالَ الثَّمَنِ الْأَوَّلُ فَلَا يَكُونُ عَلَى الْأَوَّلِ لِلثَّانِي شَيْءٌ...

أي: يرجع الثالث على الثاني إن تأتى له الرجوع عليه بأرض عيب التدليس، ثم يكون على الأول لهذا الثاني الأقل من الأرض أو كمال ثمنه، مثاله: لو باعه الأول بمائة والثاني بمائة وعشرين، وكان الأرض خمسين، فيبقى بيد الثاني سبعون، فيرجع بثلاثين تمام مائته، ولو كان الأرض ثلاثين لرجع بعشرة تمام ثمنه؛ لأنه إن كان تمام الثمن الأقل فقصاراه أن يكون العبد هلك، ولو هلك عنده لما كان عليه إلا الثمن الذي أخذ منه، وإن كان ما غرمه أقل لم يرجع بغيره؛ لأنه لولا الغرم لما توجه له رجوع.

وإن لم يتأتى للثالث على غريمه رجوع فيرجع على الأول؛ لأنه غريم غريمه فيلزم أن يدفع له أقل الأمرين المذكورين؛ لأنه قصارى ما يلزم الأول للثاني.

وتحصيل هذا القول عند ابن يونس: أنه لا يغرم الأول للثالث إلا ما كان يرجع به على الثاني لو غرم الثاني للثالث قيمة العيب، وهو الأقل من قيمة العيب من ثمن الثالث أو من ثمن الثاني، أو تمام رأس مال الثاني.

قال: وهو الذي أراد محمد.

خليل: وفي كون الثالث لا يرجع عليه إلا بأقل الأمرين نظر، والظاهر: أنه يرجع عليه بمجموع الثمن الذي أخذه لتدليسه، والله أعلم.

وَإِذَا أُحْدِثَتْ زِيَادَةٌ كَالصَّبْغِ أَخَذَ الْأَرُشَ أَوْ رَدَّ وَكَانَ شَرِيكًا بِمَا زَادَ، لَا بِقِيَمَتِهِ وَلَا بِمَسَاوٍ، دَلَسَ أَوْ لَمْ يَدَلَسْ...

أي: أن من اشترى ثوبًا فصبغه فزادت به قيمته ثم اطلع على عيب، فإنه يكون مخيرًا بين أن يأخذ قيمة العيب ويتماسك بالثوب، أو يرده على بائعه ويكون شريكًا معه في الثوب بما زاده الصبغ، وسواء دلس البائع هنا أو لم يدلس.

مثاله: لو كانت قيمته بلا صبغ عشرة، وبالصبغ اثني عشر فيكون شريكًا بالسدس. واختلف الشيوخ هل تعتبر هذه الزيادة يوم البيع كما يعتبر النقص وهو اختيار ابن يونس، أو لا تعتبر إلا يوم الحكم وهو قول ابن المواز والقاسبي.

وقوله: (كَانَ شَرِيكًا بِمَا زَادَ) كذلك قال سحنون: فيمن ألفت الريح ثوبه في قصرية صباغ.

فرع:

فلو كان الصبغ منقصًا في مسألة البيع كان له ردها بغير غرم إن كان البائع مدلسًا، أو حبسها وأخذ الأرش، وإن كان غير مدلس كان كعيب حدث، وقد تقدم حكمه، قاله في «الجواهر»^(١).

والصبغ بكسر الصاد: هو ما يصبغ به وهو مراد المصنف، وأما بالفتح فهو المصدر. وأشار بقوله: (لَا بِقِيَمَتِهِ) إلى مخالفة هذا الاستحقاق، فإنه إذا اشترى ثوبًا فصبغه، ثم استحق من بيده فأبى البائع أن يعطي قيمة الصبغ وأبى المشتري أن يعطي قيمة الثوب، فالمشتري يكون شريكًا بقيمة الصبغ، وفرق بأنه في الاستحقاق أخذت من يده قهراً فكان شريكًا بالقيمة، إذ قد لا يزيد الصبغ فيمضي باطلاً، بخلاف العيب فإنه يخير فيه.

وذكر المازري عن بعض الأسياف: أنه جعل الرد بالعيب كالاستحقاق.

وقال أصبغ في العامل في القراض يصبغ الثوب من عنده فلم يعطه رب المال ما صبغه به، أنه يكون شريكًا بما أدى.

وفرّق بأن له حصة في السلعة وهو مأذون له في تنمية المال، فكانه صبغه بإذن ربه.

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٩٤).

وقالوا فيمن دفع ثوبه إلى صباغ فأخطأ وصبغه بغير ما أمر به واعترف الصباغ بذلك: أن له أن يعطيه قيمة الصبغ ويأخذ ثوبه، أو يضمه قيمته يوم قبضه كالغاصب والسارق.

وقالوا في الغاصب والسارق يصبغان الثوب: يخير ربه في إعطاء قيمة الصبغ أو يضمهما قيمة الثوب غير مصبوغ، ولا يكونان شريكين لتعديهما.

واعلم أن المصنف إنما نص على قوله: (دَلَسَ أَوْ لَمْ يَدَلَسْ) تنبيهاً على أن التدليس لا فرق بينه وبين غيره هنا، وإن كان يفترق في مسائل أخرى.

قال جماعة: والمسائل التي يفترق فيها حكم المدلس من غير خمس:

الأولى: إذا صبغه صبغاً ينقص به، فإن كان البائع غير مدلس فذلك عيب حادث عند المشتري؛ فيخير إما أن يرد ويعطي أرش ما حدث عنده، أو يتماسك ويأخذ أرش القديم، وإن كان البائع مدلساً لم يكن على المشتري للنقص شيء.

والثانية: أن يحصل عيب أو عطب من العيب الذي باعه به، مثل: أن يكون أبقاً فبأبق عند المشتري، أو سارقاً فيسرق وتقطع يده، فإن كان البائع مدلساً كان ما أصابه عند المشتري منه، وإن لم يكن مدلساً فالضمان في ذلك على المشتري.

والثالثة: أن يبيع الرجل سلعة وبها عيب، ثم يشتريها من المشتري بأكثر مما باعها به، فإن كان البائع مدلساً لم يكن له رجوع على المبتاع، وإن كان غير مدلس رجع عليه بما زاده على الثمن.

والرابعة: إذا دلس بعيب في سلعة فردت عليه، لم يلزم السمسار أن يرد الجعل، بخلاف ما إذا لم يدلس.

والخامسة: من باع بالبراءة ما يجوز بيعه بالبراءة، فإنه يبرأ مما لم يعلم به، ولا يبرأ مما علم ودلس به، والله أعلم.

وَيَقُومُ الْقَدِيمُ وَالْحَادِثُ بِتَقْوِيمِ الْمَبِيعِ يَوْمَ ضَمِنَهُ الْمُشْتَرِي

لما ذكر حكم النقص والزيادة تكلم في كيفية التقويم بهما وفي وقته.

وقوله: (بِتَقْوِيمِ الْمَبِيعِ) أي: لا يقومان بانفادهما، وإنما يقال: كم قيمة المبيع بالعيب القديم، وكم قيمته بالحادث، (وَيَوْمَ ضَمِنَهُ) معمول ليقوم؛ أي: يقوم بالعيين إذا احتيج

إلى قيمتهما معاً، وإلى قيمة القديم وحده يوم ضمن المشتري المبيع، لا يوم الحكم ولا يوم العقد، ولا يفصل فيقال: يقوم القديم يوم ضمان المشتري والحادث يوم الحكم، خلافاً لابن المعدل، وسيأتي.

فَإِنْ أَمْسَكَ قَوْمٌ صَحِيحًا وَبَالْعَيْبِ الْقَدِيمِ

أي: فإن اختار المشتري التمسك بالمبيع وأخذ قيمة القديم حيث يكون له التخيير، فإن المبيع يكفي فيه حينئذ تقويمان؛ يقوم صحيحاً، ثم معيياً بالقديم، فمهما نقص أخذ نسبة النقص من الثمن.

الباجي^(١): مثل أن تكون قيمتها سائلة عشرة وبالعيب ثمانية، فيعلم أن العيب خمس الثمن، فيرجع على البائع المشتري، فإن كان اشتراه بخمسة عشر رجع عليه بخمسها وهي ثلاثة.

وَإِنْ رَدَّ قَوْمٌ ثَالِثًا بِهِمَا

أي: وإن اختار الرد قوم تقويماً ثالثاً بالعيين معاً - القديم والحادث - فما نقصته القيمة الثالثة عن القيمة الثانية حسب ذلك من القيمة الأولى ورد المشتري على البائع تلك النسبة من الثمن.

وهكذا قال الباجي^(٢)، فإنه قال بعد الكلام الذي ذكرناه: فلإن أراد الرد فإن القيمتين المتقدمتين لا بد منهما، فإذا تقدمتا جعلت قيمة السلعة بالعيب القديم أصلاً، ثم يقومها قيمة ثالثة بالعيين القديم والحادث، فيرد من ثمن المبيع بقدر ذلك.

وذلك كما لو قيل في مسألتنا: إن قيمتها بالعيين ستة، فيعلم أن العيب الحادث عند المشتري نقص من قيمة المبيع بعينه الربع فيرجع من ثمنه بذلك، وقد علمنا أن الباقي بعد البيع الأول اثنا عشر فيرد مع العبد ربع ثمنه بالعيب القديم، وذلك ثلاثة.

وهذا معنى ما ذكره ابن القاسم في «المدونة»^(٣) وغيرها. انتهى.

وإن شئت قلت: يرد خمس الثمن.

(١) «المنتقى» (٦/ ١٠٧).

(٢) «المنتقى» (٦/ ١٠٨).

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٥٠).

ومثاله أيضًا: لو كان يساوي صحيحًا مائة، وبالعيب الأول ثمانين، وبالثاني ستين وكان الثمن مائتين، فإما أن يتمسك ويأخذ أربعين، وإما أن يرد ويعطي أربعين. وهكذا نص عليه ابن يونس، ومحمد^(١)، والمازري، وصاحب «المقدمات»^(٢).

فَإِنْ كَانَتْ زِيَادَةُ قَوْمٍ رَابِعًا بِالْجَمِيعِ، وَكَانَ شَرِيكًا بِنِسْبَةٍ مَا زَادَ عَلَيْهَا

كلام المصنف يقتضي أنه مع حدوث الزيادة لأبد من أربع قيم، وفيه تفصيل؛ لأنه إن تمسك فلا يحتاج إلا إلى تقويمين؛ يقوم صحيحًا، وبالعيب القديم ليرجع المشتري على البائع بما يقابله، ولم يتكلم المصنف على هذا لوضوحه، وإنما تكلم على الرد لأن قوله: (فإن حدثت زيادة) مفرع على قوله: (فإن رد قوم ثالثًا).

وما ذكره المصنف من الأربع قيم نحوه في المازري، فإنه قال بعد أن فرض أن الزيادة التي زادها المشتري خياطة: وإن كان العيب الذي حدث عند المشتري هو قطع الثوب، أعني: إذا كان البائع غير مدلس أو كان مدلسًا لكنه قطعه غير القطع المعتاد كما قدمناه، ويقال: ما قيمة هذا الثوب لا عيب فيه.

فإن قيل: مائة، قيل: وما قيمته وبه العيب الذي كان عند البائع؟

فإن قيل: تسعون، قيل: وما قيمته مقطوعًا؟ قيل: ثمانون، قيل: وما قيمته مخيطًا؟ فإن قيل: تسعون، فقد علمت أن العشرة التي وجبت على المشتري لنقص القطع قد جبرها ما فعل من الخياطة، فلا يكون على المشتري قيمة نقص القطع، وإن قيل: قيمته مخيطًا خمسة وثمانون، فقد جبرت الخياطة نصف مقدار العيب، ويطالب بمقدار نصف عشر الثمن.

وإن قيل: ثمنه مخيطًا خمسة وتسعون، فقد جبرت الخياطة قيمة النقص وزادت على ذلك خمسة دنائير وهي نصف العشر، فيكون المشتري شريكًا في الثوب بمقدار ذلك.

وقال ابن عبد السلام: فيما ذكره المصنف نظر.

ولا احتياج إلى تقويمه صحيحًا، بل ذكر التقويم صحيحًا يوهم أن يكون البائع شريكًا بقيمته صحيحًا، ولا يصح؛ لأنه إنما خرج من يده معيبًا، وكذلك أيضًا لا احتياج إلى

(١) «النوادر والزيادات» (٦/ ٢٨٠).

(٢) «المقدمات» (٢/ ١٠٦).

تقويمه بالحادث؛ لأن الزيادة إنما تظهر بعد جبره بالصنعة المزیدة.

فلو شارك المشتري البائع بما زادته الصنعة على مجموع العيين مع أن العيب الثاني إنما حدث في ملك المشتري، لكان حيف في ذلك على البائع.

نعم يحتاج إلى ثلاث قيم إذا شك في الصبغ هل يجبر الحادث، أم لا؟ فالذي يوجه النظر أن يقوم بالعيب القديم وحده؛ لأن ذلك هو الذي خرج من يد البائع، ثم يقوم بالصنعة الحادثة، فإن وقعت زيادة على ذلك في مثل تلك الزيادة تكون الشركة الواجبة للمشتري مع البائع.

خليل: وفيه نظر؛ لأنه لا بد من تقويمه بالعيب الحادث ثم بالصنعة؛ ليعلم هل تلك الصنعة تجبر العيب الحادث أم لا، وقد سلم أنه يقوم بالعيب القديم، فهذه ثلاث تقويمات. وقوله: نعم قد يحتاج إلى ثلاث قيم إذا شك، يقتضي أنه قد يستغني عن بعض هذه الثلاث ولا يمكن ذلك، وحيث إن يتنفي تقويمه صحيحاً.

وجوابه: أنه لا يعلم العيب القديم إلا بتقويمه صحيحاً، ولو كان كما قال؛ لزم فيما إذا لم يحدث زيادة ألا يقوم إذا أراد المشتري الرد إلا تقويمين؛ يقوم بالعيب القديم، ثم بالحادث، ويرد نسبته لأنه لا احتياج إلى تقويمه صحيحاً؛ لأن السلعة لم تخرج من يد البائع إلا معيبة.

ولا خفاء في عدم ذلك كما صرح به الباجي والمازري وغيرهما، والله أعلم.

وقيل: يَقُومُ الْحَادِثُ يَوْمَ الرَّدِّ

هذا قول أحمد بن المعدل بناء على أن الرد بالعيب فسخ بيع.

وَإِذَا تَعَدَّدَ الْبَائِعُ، جَازَ رَدُّ حِصَّةٍ أَحَدِهِمَا

يعني: إذا باع رجلان فأكثر سلعة أو سلعة على الشركة فاطلع المشتري على عيب، فله أن يرد نصيب أحدهما دون الآخر، ولا مقال لمن رد عليه؛ لأن ملكه تبعض ابتداء.

وَفِي رَدِّ أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ قَوْلَانِ

اختلف إذا تعدد المشتري واتحد البائع، هل لأحد المشتريين الرد دون الآخر قياساً على تعدد البائع أو لا؛ لأن في التشقيص ضرراً على البائع؟ ورجع مالك إلى الأول.

ابن القاسم: وهو أبين، إذ لو فلس أحدهما لم يتبع إلا بنصف الثمن، وأخذ أشهب بالثاني، فقال: ليس لهما إلا أن يردا أو يحبسا، والقولان في «المدونة»^(١).

ومناً الخلاف: هل العقد يتعدد بتعدد المبتاع كما لو تعدد بتعدد البائع أو لا؟ وإذا فرعنا على الرواية التي اختارها أشهب ولم يرض البائع بتبعض الصفقة، فقال ابن وهب: إذا أراد أحدهما الرد وأبى الآخر تقاوما؛ لأن البائع لا يقبله إلا كله.

وقال ابن المواز: للمتمسك أخذ نصيب الراد.

وحكى عبد الوهاب^(٢) عن المذهب: إذا أبى أحد المتبايعين من الرد مع صاحبه لم يكن لصاحبه الرد، وكان له الرجوع بقيمة العيب.

الباجي^(٣): وهكذا يجب أن يكون الصحيح من المذهب مثل ما حكاه ابن القاسم عن مالك في الذي يشتري عبداً فيبيع نصفه ثم يطلع على عيب فيريد الرد، فإنه يخير البائع إما أن يقبل النصف الباقي أو يدفع قيمة نصف العبد.

الباجي^(٤): وهذا مقتضى القياس.

وعلى قول أشهب يحتمل أن يكون معنى قوله: إما أن يردا جميعاً أو يمسكا جميعاً، ولم يبين إذا رد أحدهما.

وَإِذَا تَعَدَّدَ الْمَبِيعُ، فَإِنْ كَانَ الْمَعِيبُ وَجْهَ الصَّفَقَةِ أَوْ كَأَحَدِ الْخَفَيْنِ فَكَالْمُتَّحِدِ

لما تكلم على تعدد البائع والمشتري تكلم على تعدد المبيع؛ أي: إذا وجد عيباً في وجه الصفقة، أو بأحد الشئتين الذي لا يستغني أحدهما عن الآخر كأحد الخفين، وكذلك الأم مع ولدها؛ لأن الشرع منع من التفرقة بينهما فكالماتحد، فليس له إلا رد الجميع.

ولهذا كان الصحيح فيمن استهلك أحد المزدوجين وجوب قيمتهما.

واختلف فيمن استهلك سِفْراً من ديوان أو سِفْرَيْنِ، فقال بعضهم: يرد السالم وما نقص، وظاهر كلام عبد الوهاب في «شرح الرسالة» عند ذكر النعلين: أنه يغرم الجميع.

(١) «المدونة» (٣/ ٣٤٥).

(٢) «المعونة» (٢/ ١٠٥٣).

(٣) «المنتقى» (٦/ ٨٥).

(٤) «المنتقى» (٦/ ٨٥).

وَالْإِلا فَلَيسَ لَهُ إِلا رَدُّ الْمَعِيبِ بِحِصَّتِهِ يَوْمَ عَقْدِهِ

هذا ظاهر، ونص ابن المواز على أن وجه الصفقة وما زاد على النصف، وهو معنى ما في «المدونة» على ما نص عليه ابن يونس، وهذا إنما هو فيما عدا المثليات، وأما المثليات فلها حكم آخر سيأتي.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ سِلْعَةً، فَقِيْمَةُ الْحِصَّةِ الَّتِي قَابَلَتْ الْمَرْدُودَ لَا جُزْءَهَا عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِضَرَرِ الشَّرْكَةِ...

مثاله: لو اشترى ستة كتب بدار ثم اطلع على عيب في أحدها ورده، فإنه يرجع بنسبته من قيمة الدار لا في جزء الدار على الأصح، فلو كانت الدار تساوي ستمائة وكل كتاب يساوي مائة فعلى الأصح يأخذ مائة، وهو مذهب «المدونة»^(١) والمشهور. وعمله المصنف بضرر الشركة؛ أي: على تقدير الرجوع في الدار، وعليه فهل تعتبر القيمة يوم البيع وهو ظاهر كلام المتقدمين، أو إنما تعتبر يوم الحكم وهو اختيار التونسي؟ ومعناه: إذا كانت قائمة يوم الحكم ولم تفت قبل ذلك، وعلى مقابله يرجع في سدس الدار وهو لأشهب في «الموازية»، وهو الأصل، ولا سيما إن كان المعيب النصف فإنه ينوبه من الثمن النصف، وليس تغليب حق البائع على المشتري أولى من العكس.

وعلى هذا القول فهل ينقلب الخيار للبائع لما لحقه من ضرر الشركة؟ ذكر بعضهم في ذلك قولين.

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي الْعَيْبِ الْخَفِيِّ أَوْ قَدَمِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ إِلا أَنْ تَشْهَدَ الْعَادَةُ لِلْمُشْتَرِي فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ...

قال في «الجواهر»^(٢): والنزاع في العيب في صورتين:

الأولى: في وجوده، ولا يقبل دعوى المبتاع أن بالسلعة عيباً دون أن يبينه بالمشاهدة إن كان مشاهداً، أو بالبينة إن كان غير مشاهد.

الصورة الثانية: النزاع في قدمه وحدوثه لا يخلو إما أن يكون مما لا يحدث عند المشتري، أو مما يعلم أنه لم يكن عند البائع.

(١) «المدونة» (٣/ ٣٤٦).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٤٩٥).

فالقول في الموضعين قول من قوي سببه منهما مع يمينه، وأن يكون محتملاً فيشبهه المتباع بالبيئة، ثم قال: فإن لم توجد البيئة فalcول قول البائع مع يمينه، إذ الأصل لزوم العقد.

وعلى هذا فقول المصنف في حدوث العيب إشارة إلى الصورة الأولى، أي: في وجود العيب الخفي، وأشار إلى الثانية بقوله: أو في قدمه.

وحمل ابن عبد السلام كلامه هنا على صورة واحدة، وهي: إذا تنازعا في القدم والحدوث، ورد الحمل الذي قلناه بأنه لو حمل كلامه الأول - أعني قوله: إذا تنازعا في الخفي - على ما إذا تنازعا في وجود العيب وعدمه، لزم أن يكون كلامه على خلاف ما نص عليه أهل المذهب: أن القاضي لا يلزم البائع الجواب عن قدم العيب وحدثه، ولا غير ذلك من أحكامه حتى يثبت المشتري وجود العيب، أو يوافقه البائع عليه.

خليل: وفيه نظر؛ لأن ما ذكره المصنف من أن القول قول البائع إذا تنازعا في وجود العيب وعدمه لا خلاف فيه.

وما ذكره أن القاضي لا يلزم البائع الجواب يدل له لا على خلافه، نعم هو شرط لما قاله.

وقوله في «الجواهر»^(١): فalcول قول من قوي سببه منهما مع يمينه، يريد: إذا رجحت البيئة قول أحدهما فقط، وأما لو قطعت البيئة بالقدم أو الحدوث فلا يمين، نص عليه محمد.

فرع:

فلو أقام المتباع شاهداً واحداً بقدّم العيب حلف معه على البت ورجع، قاله ابن المواز وابن القاسم، وابن نافع، والمخزومي، وقال ابن كنانة: لا يحلف معه.

ومنشأ الخلاف: هل يقبل الشاهد الواحد فيما ليس بمال إذا كان يؤدي إلى المال أم لا؟ واعلم أنه إنما يكون القول قول البائع في العيب المشكوك فيه إذا لم يصاحبه عيب قديم، أما إن صاحبه عيب قديم، فalcول قول المشتري أنه ما حدث عنده مع يمينه؛ لأن البائع قد وجب عليه الرد بالعيب القديم فصار مدعيًا على المتباع في الحادث، وبه أخذ ابن

القاسم، وأشهد حسنه.

ومفهوم قوله في الخفي: أن الظاهر لا قيام للمشتري به لاطلاعه عليه، وهو قول ابن حبيب، وعليه يعتمد جماعة ممن صنف في الأحكام، ويعتمد عليه أصحاب الوثائق. ومذهب «المدونة» عند جماعة: أنه لا يلزم المشتري سوى اليمين أنه لم يره وقت البيع ويحكم له بالرد، وهو الذي ذكره المتيطي.

وقد أوجب في «المدونة» الرد في الزلاء والأقطع والأعور، وكثرة وقوع هذه المسائل وأشباهها يضعف تأويل من تأول على «المدونة»، لعل ذلك إنما كان في أمة أو عبد غائبين.

فرع:

وإذا تنازعا فادعى البائع أنه أخبره بالعيب أو أراه إياه وأنكر ذلك المبتاع، فإنه يلزم المبتاع اليمين، فإن حلف رد بالعيب، وإن نكل حلف البائع وبرئ منه، قاله الباجي.

وإن لم يوجد عدول قبل غيرهم للضرورة، قال الباجي: وَلَوْ كَانُوا غَيْرَ مُسْلِمِينَ

أي: إذا احتيج إلى أرباب المعرفة في إثبات القدم والحدوث، فإن وجد عدول لم يعدل عنهم، وإلا فقال الباجي^(١)، والمازري وغيرهما: يقبل غيرهم ولو كانوا على غير الإسلام للضرورة.

وفي «المتيطية»: الواحد منهم أو من المسلمين كافٍ والاثنان أولى، إذ طريق ذلك الخبر لا الشهادة على المشهور المعمول به.

وقال محمد: لا يرد بعيب إلا ما اجتمع عليه عدلان من أهل النظر والمعرفة.

ابن الماجشون: وإن كان العبد ميتاً أو غائباً فلا يثبت إلا بعدلين باتفاق أصحاب مالك من أهل المعرفة.

وفي «الطرر»: إذا شهد شاهد بعيب أنه أقدم من أمد التبايع، وشهد آخر أنه أحدث من أمد التبايع، فقال في الاستغناء: شهادتهما لا توجب حكماً بالرد إذا لم يتفقا على شيء واحد، وإن كان العيب لا يطلع عليه الرجال كالعيوب التي تكون في جسد الأمة أو في فرجها تثبت بشهادة امرأتين.

(١) «المتقى» (٦/ ٩٩).

وقال سحنون: ما كان بالجسد بُقِرَ عنه الثوب ونظر إليه الرجال، وما كان في أحد الفرجين شهد فيه النساء.

وَيَمِينُهُ: بَعْتُهُ وَأَقْبَضْتُهُ وَمَا بِهِ مِنْ عَيْبٍ بَيَّنَّا فِي الظَّاهِرِ، وَنَفْيًا لِلْعِلْمِ فِي الْخَفِيِّ، وَقَالَ أَشْهَبُ: نَفْيًا لِلْعِلْمِ فِيهِمَا...

أي: إذا كان القول قول البائع مع يمينه فصفة يمينه: أن احلف أنني بعته وما به عيب، ويزيد فيما فيه حق توفية: بعته وأقبضته.

وعلى هذا فقلوه: (بَعْتُهُ وَأَقْبَضْتُهُ) للتفصيل، والواو بمعنى أو.

وقوله: (وَمَا بِهِ مِنْ عَيْبٍ) جارٍ فيهما، وبهذا صرح في «الجواهر»^(١)، وإنما قلنا: إن أقبضته خاص بما فيه حق توفية؛ لأن ما ليس فيه حق توفية ينتقل إلى ملك المشتري بالعقد فلا يحتاج إلى الحلف بأنه أقبضه سالماً، فلا يكلف بما لا يلزمه.

وفي قوله: (وَمَا بِهِ مِنْ عَيْبٍ) نظر؛ إذ لا يلزمه أن يحلف إلا على ما ادعاه المشتري من العيب المخصوص، وكذا قال غيره: أنه يحلف ما باعه وهذا العيب به في علمه.

وقوله: (فِي الظَّاهِرِ) أي: كالعرج، وضعف البصر، والخرق في الثوب.

والخفي: كالزنا، والسرقة، وهذا مذهب «المدونة» وهو المشهور.

وعن ابن القاسم، وابن نافع: أنه يحلف على البت فيهما، واحتج ابن نافع بأنه لو ثبت قدم العيب والبائع غير عالم لرد عليه ولم ينفعه عدم علمه، فلا ينفعه الحلف على عدم علمه.

وأجاب المازري بأن البينة إذا أثبتت قدم العيب، فقد ثبت السبب الموجب للرد ووجب حل البيع المنعقد، وإذا لم يثبت العيب وكان مشكوكاً فيه لم يجب حل المنعقد.

وقال أشهب: يحلف على نفي العلم فيهما، واحتج بأنه إن علم به فهو حانث، وإلا فلا يلزمه حتى يثبت قدمه فلا يحلف إلا على علمه.

واختلف في يمين المشتري إذا نكل البائع على ثلاثة أقوال؛ روى عيسى عن ابن القاسم: أنه يحلف على العلم في الظاهر والخفي؛ لأن التدليس يكون من جهة البائع دون المبتاع.

وروى يحيى عنه: أنه كالبائع يحلف على البت في الظاهر وعلى العلم في الخفي؛ لأن الأصل في اليمين أن تنقلب على نحو ما توجهت، واختاره ابن حبيب.

وقال ابن نافع، وابن أبي حازم: يحلف المبتاع على البت، ولو ثبت العيب فاختلف البائع والمبتاع في تاريخ البيع، فادعى البائع تاريخاً قديماً يكون العيب حادثاً بالنسبة إليه، وقال المشتري: إنما كان في تاريخ يكون ذلك العيب قديماً بالنسبة إليه.

فقال ابن القاسم، وسحنون: القول قول البائع والمشتري مدع، وذكر ابن حبيب اختلافاً في هذا الأصل.

ابن عبد السلام، وقوله: يحلف البائع لقد بعته، لا معنى له؛ لأن القاضي لا ينظر في أمرهما في هذه المسألة إلا بعد إقرار المدعى عليه بحصول البيع منهما، أو بعد ثبوته بالبينة.

خليل: وفيه نظر؛ لأن اليمين هنا ليست في حصول البيع، وإنما هي على وقوع البيع في حال عقد البيع والقبض فيما فيه حق توفية.

وَيَرُدُّ التَّاجَ دُونَ الاسْتِغْلَالِ وَقِيَمَةِ الْإِنْتِفَاعِ

يعني: إذا رد المبيع لعيب رد معه التاج، وسواء اشتراها حاملاً أو حملت عنده؛ لأن الولد ليس بغلة دون الاستعمال، لما صححه الترمذي: أن سيدنا رسول الله ﷺ قضى بأن الخراج بالضمان^(١).

فَائِدَةٌ :

والمشتري لا يرد الغلة في خمسة مواضع: في الرد بالعيب، والبيع الفاسد، والاستحقاق، والشفعة، والتفليس.

وهذا إذا فارقت الثمرة الأصول، أما إن لم تفارق، فالمشهور: أنها لا ترد مع أصولها إذا أزهرت ولم تجذ ولا ييست في الرد بالعيب وفي البيع الفاسد.

وأما الشفعة، والاستحقاق: فترد وإن أزهرت ما لم تيسس، فإذا ييست لم يجب ردها، وفي التفليس: ترد ولو ييست ما لم يجزها.

(١) تقدم تخريجه.

وقيل في هذه المسائل: إن الإبرار فوت.

المازري: وكان بعض أشياخي يرى أنه لا فرق بين هذه المسائل، وأنه يخرج في كل واحدة ما هو منصوص في الأخرى.

وفي ردِّ ثَمَرَةٍ مَا اشْتَرَاهُ مَأْبُورًا، أَوْ صُوفِ الْغَنَمِ قَوْلَانِ

يعني: إن من اشترى نخلاً مؤبّرًا واشتراطه، أو اشترى غنمًا عليها صوف تام، فجذ الثمرة وأخذ الصوف ثم اطلع على عيب، فقال ابن القاسم: يرد ما أخذه من ثمرة أو صوف؛ لأن لهما حصة من الثمن.
وقال أشهب: لا يرد؛ لأنها غلة.

ابن المواز: واتفق ابن القاسم، وأشهب على عدم رد اللبن وإن كان في الضرع يوم البيع، وذلك خفيف.

وعلى قول ابن القاسم، فيرد الثمرة إن كانت قائمة، وإن فاتت رد مكيلتها إن علمت، أو القيمة إن لم تعلم، وأمضاها ابن القاسم في الشفعة إذا لم تعلم بما ينوبها من الثمن. وعد ذلك سحنون اختلافاً من قوله، ونص ابن يونس في الصوف التام إذا لم يعلم وزنه أنه يرد الغنم بحصتها.

قال في «المدونة»^(١): فإن ردت الثمرة كان لك أجر سقيك وعلاجك.

ابن يونس: يريد ما لم يجاوز قيمة الثمرة.

الباجي^(٢): وعندي أنه لا يكون له من العمل إلا ما لولا الثمرة لم يعمل؛ لأنهم لم يذكروا في مسألة الغنم الرجوع بالرعي والسقي، وإنما يرجع بالجزع عندني، قال: ولم أر فيه نصاً.

تنبيه :

وقع لابن القاسم أنه لو هلك الثمرة المأبورة عند المشتري بأمر من الله تعالى لم يضمها المشتري.

فعارض هذا بعضهم بما قاله من أنه يرد الثمرة؛ لأن قوله: يرد الثمرة، يدل على أن

(١) «المدونة» (٣/ ٣٥٢).

(٢) «المتقى» (٦/ ١٢٣).

لها حصة من الثمن.

وقوله: إنه لا يضمناها، يدل على أنها غير مشتراة.

واعتذر عن ذلك بأنه إنما لم يضمناها لكونها غير مقبوضة للمشتري، ولهذا منع أن تشتري النخل المؤبرة بطعام؛ لكون الثمرة يتأخر قبضها.

وقال بعض المتأخرين: إنه يضمن الثمرة إذا اشتراها بعد الزهو وإن هلكت بأمر من الله سبحانه، قاله المازري.

وَلَوْ رَدَّهُ فَتَلَفَ قَبْلَ إِقْبَاضِهِ، فَقَضَى ضِمَانَهُ قَوْلَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ نَقْضٌ لِلْبَيْعِ مِنْ أَصْلِهِ فَعَلَى الْبَائِعِ، أَوْ بَيْعٌ الْآنَ أَوْ نَقْضٌ الْآنَ فَعَلَى الْمُشْتَرِي

أي: لو رد المشتري المعيب بحكم أو بغيره فتلف قبل قبض البائع له، فقليل: ضمانه من البائع، وقيل: من المشتري.

ومنشأ الخلاف كما قال: هل الرد بالعيب نقض للبيع من أصله فيكون ضمانه من البائع، أو هو نقض الآن فيكون من المشتري.

قال في «البيان»^(١): واختلف فيما يدخل به المردود بالعيب في ضمان البائع على أربعة أقوال:

الأول لأصبغ: يدخل في ضمانه بإشهاد المتاع على العيب، وأنه غير راض به وإن لم يرض البائع بقبضه.

والثاني: أنه لا يدخل في ضمانه حتى يرضى بالقبض، أو يثبت العيب عند السلطان وإن لم يحكم، وهو الذي يأتي على مذهب مالك في «الموطأ»، وقول ابن القاسم في شهادات «المدونة».

والثالث: أنها لا تدخل وإن رضي، حتى يمضي من المدة ما يمكنه القبض فيه، وهو معنى قول مالك في «العتبية»^(٢).

والرابع: لا يدخل في ضمانه حتى يقبضه، ولو مضى زمان يمكنه فيه القبض، وهو

(١) «البيان والتحصيل» (٢/ ٧٦٨).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٤٧).

ظاهر «العتبية» أيضاً.

قال: وهذا هو القياس على القول بأن الرد بالعيب ابتداءً ببيع، وأن على البائع فيه حق توفية دخل عليه مع علمه بأن المبيع قد يرجع إليه.

وزاد القاسبي، فقال: ولم يعلم السمسار بتدليس، وأما إن علم فله أجر مثله.

وقال ابن يونس: أرى أن يكون له ما سمي من الجعل، كما يكون للبائع المدلس الثمن لا القيمة، إلا أن يتعاقد مع البائع على التدليس فحيثئذ يكون له أجر مثله؛ لأن رب السلعة قال له: دلس، فإن تم البيع فلك كذا وإلا فلا شيء لك، وهو غرر.

وزاد ابن سحنون قيلاً آخر «للمدونة»، فقال: بشرط أن يكون الرد بقضاء قاض لا تبرعاً، ولو استحقت من يد المشتري رجوع بالثمن ورجع بالجعل، وإن فاتت السلع بيد المشتري فوجب له الرجوع بقيمة العيب، رجع بتلك النسبة من الجعل.

وقال بعضهم على ما نقله ابن يونس متمماً لهذا: ولو اطلع المشتري على عيب بالمبيع بعد أن حدث به عيب يوجب له الخيار، فإن اختار التمسك والرجوع بأرش العيب القديم، فيرد السمسار من الجعل ما ينوب العيب، وإن رد المشتري السلعة وقيمة الحادث، فيرد السمسار الجعل إلا قدر ما ينوب العيب.

فرع:

إذا كان المبيع يحتاج إلى حمل ومؤنة، كالأزيار والخشب، فاستأجر المشتري على حملها، ففي «المتيطة»: إن ثبت أن البائع مدلس، لزمه أخذ المبيع حيث وجده ولم يكن على المبتاع رده حيث قبضه، وكذلك إذا ادعى المبتاع عليه التدليس فنكل عن اليمين.

وحكى اللخمي قولاً آخر: إن على المشتري أن يردها حيث قبضها منه، وصوب الأول، وإن كان البائع غير مدلس؛ بأن حمل المبيع إلى موضع قريب، لزمه رده إلى حيث أخذه، وإن نقله إلى موضع بعيد كان فوتاً يوجب له الرجوع بقيمة العيب بعد ثبوته.

وَإِذَا صَرَّحَ الْوَكِيلُ أَوْ عَلِمَ، فَالْعَهْدَةُ عَلَى الْمَوْكَلِ

الأصل أن العهدة في الرد بالعيب والاستحقاق على متولي البيع إلا في صورتين

اللتين استثناهما المصنف:

الأولى: أن يصرح بأنه وكيل.

والثانية: أن يعلم كونه وكيلًا، هذا مذهب «المدونة»؛ لأن فيها: ومن باع لرجل سلعة بأمره من رجل فإن أعلمه في العقد أنها لفلان فالعهد على ربها، فإن ردت بعيب فعلى ربها ترد وعليه الثمن لا على الوكيل.

وإن لم يعلم أنها لفلان حلف الوكيل وإلا ردت السلعة عليه.

وما باعه الطوافون في المزايدة مثل النخاسين وغيرهم، أو من يعلم أنه يبيع للناس فلا عهدة عليهم في عيب ولا استحقاق.

وقال أصبغ: العهد على المتولي إلا أن يشترط عند البيع ألا عهدة عليه، وهذا الخلاف في الوكيل غير المفوض، وأما المفوض إليه فالعهد عليه؛ لأنه أحل نفسه محل البائع، وكذلك المقارض والشريك المفاوض.

وأما القاضي والوصي، ففي «المدونة»^(١): لا عهدة عليها فيما وليا بيعه والعهد في مال اليتامى، فإن هلك مال الأيتام ثم استحققت السلعة فلا شيء على الأيتام.

وحمله اللخمي على ما يبيعه للإنفاق عليهم للضرورة، قال: وإن تجر الوصي لليتيم أتبت ذمته كالوكيل المفوض.

وقال ابن المواز: الذي أخذ به في الوصي والوكيل المفوض أن عليهما اليمين، وإن ذكر أنه لغيرهما، إلا أن يشترط ذو الفضل منهما أن لا يمين عليه، فذلك له اتباعًا واستحسانًا لقول مالك.

فرع:

فإن علم المستاع بعد البيع أن المبيع لغير المتولي، فخيره مالك في الرد، أو على أن عهده على الأمر، إلا أن يرضى الرسول أن يكتبها على نفسه فلا حجة للمشتري. ابن المواز: وكذلك إذا ثبت أنه لغيره.

وعارضه ابن يونس: بأن المذهب في الغاصب إذا باع ما غصبه ثم قام المغصوب منه ورضي بالبيع لا خيار للمشتري، ولم يدخل على أن العهد على المغصوب منه. وأجاب: بأن ذمة المغصوب منه خير من ذمة الغاصب.

ورد: بأن هذا الحكم ليس مقصوراً على الغصب، بل ولا مقال للمشتري في إجازة المستحق.

وأجيب: بأنه خلف ذلك علة أخرى، وهي أن الاستحقاق قائم في جميع البياعات أو أكثرها، فصار كالعيب الذي يجهله المتبايعان، وما هذا شأنه لا يقام به، بخلاف الوكالة فإن احتمالها ضعيف، إذ الغالب أن المتولي هو المالك.

وانظر ما ذكره من انتقال العهدة وقابله بما قاله عياض في الاستحقاق، لما ذكر عن «المدونة» في مكتري الأرض فتستحق منه فيجيز المستحق الكراء، أنه يمضي ولا يكون للمكتري ترك الكراء، ويقول: إنما كانت عهدي على الأول فلا أرضى أن تكون عهدي عليك أيها المستحق، فقال هو: هذا كلام غير محصل.

وقد عابه سحنون، وقال: ليس بصواب، ولو رضي بذلك لم تكن عهده عليه؛ لأن العهدة لا تنتقل، كما لو باعه الغاصب فاستحقه سيده، فالعهدة على الغاصب لا تنتقل عنه، قاله مالك. انتهى.

فرع:

فإن سئل السمسار عن رب السلعة، فقال: لا أعرفه، فقال ابن أبي زمنين: يحلف أنه ما يعرفه، كذا رأيت لكثير من أشياخنا.

قال: وينبغي على أصولهم إن نكل عن اليمين واستترابه السلطان أن يعاقبه بالسجن على قدر ما يراه، إن شاء الله.

وفي النقيصة التي لا يتغابن بمثلها طريقان؛ الأولى: قولان؛ الخيار مطلقاً، والخيار لغير العارف بها...

هذا يسمى القيام بالغبن، سواء كان المغبون بائعاً أو مشترياً.

والغبن: بفتح الغين وسكون الباء عبارة عن اشتراء السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله أو اشترائها كذلك، وأما ما جرت العادة به فلا يوجب ردّاً اتفاقاً.

والطريق الأول لعبد الوهاب في «المعونة»^(١)، وحاصله: أنه لا خلاف في ثبوت الخيار

لغير العارف، وفي العارف قولان.

الثَّانِيَةُ: إِنْ كَانَ اسْتَسْلَمَ وَأَخْبَرَهُ بِجَهْلِهِ فَأَوْهَمَهُ فَلَهُ الرَّدُّ، وَإِنْ كَانَ عَالِمًا غَيْرَ غَالِطٍ بِالْغَبْنِ فَلَا رَدَّ، وَفِي غَيْرِهِمَا قَوْلَانِ...

هذه الطريقة للمازري، وحاصلها: إن استسلم؛ أي: أخبر البائع أنه غير عارف بقيمتها، فقال له البائع: قيمتها كذا فله الرد، فإن كان عالماً بالمبيع وبثمنه فلا رد له، ولا خلاف في هذين القسمين، وفيما عداهما قولان.

ابن عبد السلام: ومشهور المذهب عدم القيام بالغبن، ولصاحب «المقدمات»^(١) طريقة ثالثة: إن وقع البيع والشراء على وجه الاسترسال والاستمانة، فالقيام بالغبن واجب بإجماع، كما لو قال: اشتر مني سلعة مثل ما تشتري من الناس، وإن وقع على وجه المكايسة فلا قيام بالغبن اتفاقاً، ولا بالغلط على المشهور.

ومعنى الغلط: أن يبيع شيئاً ثم يظهر خلافه، كما لو باع حجراً بالثمن اليسير فظهر أنه ياقوت أو بالعكس. والقول: بأنه يرجع بالغلط هو ظاهر ما في أقضية «المدونة»، والذي يشتري ياقوتة ولا يعرفها البائع ولا المشتري أن البيع يرد، وهذا الخلاف في الغلط إنما هو إذا سمى الشيء بجنسه، كما لو قال في الياقوتة: من يشتري هذا الحجر؟ لأن الياقوت يسمى حجراً، وأما لو سماه بغير اسمه، كقوله: من يشتري مني هذه الزجاجة؟ فلا خلاف في وجوب الرد، قاله صاحب «البيان»^(٢) وغيره.

وَالْغَبْنُ؛ قِيلَ: الثُّلُثُ، وَقِيلَ: مَا خَرَجَ عَنِ الْمُعْتَادِ

أي: واختلف في الغبن الذي يقام به، وتصور كلامه ظاهر، وقال ابن القصار: إذا زاد على الثلث فيكون ثالثاً.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المؤلف أنه لا فرق بين الغبن المتفق عليه والمختلف فيه، وظاهر كلام غيره أن الغبن المتفق على اعتباره لا يوصل فيه إلى الثلث ولا إلى ما قاربه، بل إذا خرج عن الثمن المعتاد في ذلك المبيع صح القيام به.

(١) «المقدمات» (٢/ ١٣٩).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٤٣).

وَاخْتَلَفَ فِي عَهْدَةِ الثَّلَاثِ، وَعَهْدَةِ السَّنَةِ، فَرَوَى الْمَدَنِيُّونَ: يُقْضَى بِهَا فِي كُلِّ بَلَدٍ، وَرَوَى الْمَصْرِيُّونَ: لَا يُقْضَى بِهَا إِلَّا بِعَادَةٍ أَوْ بِحَمْلِ السُّلْطَانِ عَلَيْهَا .

العهد خاصة بالرقيق، ومعناها: كون الرقيق المبيع في ضمان البائع بعد العقد، وهي عهدتان: قليلة الزمان كثيرة الضمان، وهي عهدة الثلاث؛ لأنه يضمن فيها كل شيء، وكثيرة الزمان قليلة الضمان؛ لأنه إنما يضمن ثلاثة أمراض: الجنون، والجذام، والبرص، واختلف في وجوب الحكم بها على القولين اللذين ذكرهما المصنف.

وفي «البيان»^(١) ثالث: لا يحكم بها وإن اشترطوها، قال: وهو قول ابن القاسم في «الموازية»، ومحمد بن عبد الحكم يرى عهدة السنة حراماً لا يعمل بها. انتهى.

وعلى رواية المدنيين يجب حمل الناس عليها، وعلى رواية المصريين فهل يستحب أن يحمل غير بلاد العهدة عليها؟ روى ابن القاسم: وددت أن يحمل الناس عليها. وروى أشهب: لا يحمل أهل الآفاق عليها وليتركوا على حالهم.

فائدة :

قال المتطي: إحدى وعشرون مسألة لا عهدة فيها على المشهور؛ الأمة والعبد اللذان ينكح عليهما، والرأس المخالع به، والمصالح به في دم، والمسلم فيه، والمسلم به، والقرض، والغائب يشتري على الصفة، والمقاطع به من الكتابة، والذي يبيعه السلطان على مفلس أو غيره، والمشتري للعتق بشرط، والمأخوذ من دين، والمردود بالعيب، ورقيق الميراث، والعبد المرهون، والأمة يشتريها زوجها، والعبد الموصى بشرائه للعتق، والعبد المكاتب به، والعبد الموصى ببيعه من زيد، والموصى ببيعه ممن أحب، والذي يباع بيعاً فاسداً، قال: وفي بعض ما ذكرنا تنازع بين مالك وأصحابه.

فَفِي الثَّلَاثِ جَمِيعُ الْأَدْوَاءِ عَلَى الْبَائِعِ وَالنَّفَقَةُ وَالْكِسْوَةُ بِخِلَافِ الْغَلَّةِ عَلَى الْمَشْهُورِ

هذا ظاهر، وإنما كانت النفقة والكسوة عليه؛ لأن الضمان منه، ولذلك كان أرش الجناية له، قاله في «المدونة».

ورأى ابن أبي زمنين أن البيع يفسخ هنا؛ لأن الحكم بالأرث موقوف على البرء، والبرء لا يعلم أمره، فلا يتأتى للمشتري انتفاع بالعبد من أجل وقفه للجناية.

قال: إلا أن يسقط البائع عن الجاني القيام بالجناية، فيزول المنع حينئذ لزوال الوقف، قال: إلا أن تكون الجناية مهلكة فلا يجوز البيع؛ لأنه بيع مريض يخاف موته.

قال في «المدونة»^(١) في كتاب الخيار: وما وهب له في عهدة الثلاث من مال وتصدق به عليه فللبائع.

ابن حبيب: إلا أن يكون المشتري اشترط عليه ماله، فيكون ما وهب له أو تصدق به عليه للمشتري.

ومقتضى هذا: أن تكون الغلة له، وجعل المصنف هذا غير المشهور، وهو قريب من كلامه في «الجواهر»^(٢).

وفي نقلهما نظر؛ لأن في «العتبية»^(٣) فيما ربح العبد في الثلاث، أو أوصى له به ولم يستثن المشتري ماله فهو للبائع.

المازري: والقاضي أبو محمد أشار في بعض كتبه إلى ارتفاع الخلاف في الغلة وأنها للمشتري، قال: ولكن المنصوص هنا أن ذلك للبائع.

وفي السنّة الجنون، والجذام، والبرص، ومُسْتَنْدُهُمَا عَمَلُ الْمَدِينَةِ.

أي: ودليلنا على العهدتين عمل أهل المدينة، وفي «الموطأ»^(٤): أن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاث حين يشتري العبد أو الوليدة وعهدة السنة.

ونقل ابن عبد البر^(٥): أن عمر بن عبد العزيز قضى بها، وبها قال الفقهاء السبعة.

ابن شهاب: والقضاة ممن أدركنا يقضون بها.

وخرج أبو داود عن الحسن عن عقبة بن عامر، أن رسول الله ﷺ قال: «عهدة الرقيق ثلاثة أيام»^(٦).

(١) «المدونة» (٣ / ٢٢٠).

(٢) «الجواهر» (٢ / ٤٩٩).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨ / ٢٨٤).

(٤) «الموطأ» (٢ / ٦١٢).

(٥) «الاستذكار» (٦ / ٢٧٨).

(٦) أخرجه أبو داود (٣٥٠٦) وأحمد (١٧٤٢٢) والدارمي (٢٥٥١) والحاكم (٢١٩٨) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٣٣) وضعفه الألباني - رحمه الله -.

وذكر ابن أبي شيبة^(١) عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال: «عهدة الرقيق ثلاثة».

قالوا: ولم يسمع الحسن من عقبة، واختلف في سماعه من سمرة.

وفي «البيان»^(٢): ضعف بعضهم حديث عقبة.

وابتدأوهما أول النهار من المستقبل، وقال سحنون: من حين العقد

قد تقدمت هذه ونظائرها في باب العقبة. وظاهر كلام المصنف أن قول سحنون نص

هنا.

والذي في الباجي^(٣) والمازري: أنه مخرج على قوله في الصلاة، وهذا إذا كان البيع

بتاً، فإن كان بيع خيار فمن يوم إمضاء البيع.

وفي تدأخلهما قولان

القولان للمالك، والأقرب عدم التداخل.

ابن بزيمة: وهو المشهور؛ لأن الضمان في كل منهما غير الآخر فصارا كأجنيين.

وقال بالتداخل ابن الماجشون، وهو قول ابن القاسم، فإن اجتمع مع ذلك استبراء،

فقال ابن القاسم: عهدة الثلاث داخلة في الاستبراء.

وكذلك روى ابن القاسم عن أشهب في «العتبة»^(٤).

ابن المواز: وقال ابن الماجشون: يدخل في السنة الثلاث والاستبراء، وكذلك روى ابن

حبيب عن مالك أن عهدة السنة من يوم البيع.

ابن يونس: ووجه رواية ابن القاسم أن الثلاث والاستبراء في البيع التام الضمان فيه

من البائع من كل شيء، ولا يجوز النقد فيهما بشرط، فلما استويا دخل بعض ذلك في

بعض، وعهدة السنة الضمان فيها من المبتاع من كل شيء، إلا من ثلاثة أدواء فوجب أن لا

يدخل عليها.

ووجه قول ابن الماجشون: أن المراعى في عهدة السنة مرور الفصول الأربعة بذهاب

(١) «المصنف» (٧ / ٣٠٦).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨ / ٢٨٢).

(٣) «المنتقى» (٦ / ٥٨).

(٤) «البيان والتحصيل» (٨ / ٢٨٢).

السنة لبيان السلامة، فوجب أن يكون من يوم العقد.

وفي «الكافي»^(١) قولٌ أن عهدة الثلاث لا تدخل في الاستبراء.

وقال المشيخة السبعة: يبدأ بالاستبراء ثم بالثلاثة ثم بالسنة.

وما يطرأ واحتُمِلَ فيها وبعدها، فمن المشتري على الصحيح

يعني: أن ما حدث في زمان العهدة فإنه من البائع إذا علم أنه حدث فيها، وأما إن أشكل أمره هل طرأ في العهدة أو بعدها، فذكر المصنف أن الأصح أنه من المشتري - وهو قول ابن القاسم - لأنه قال في العبد يأتى في العهدة وقد كان البائع قد تبرأ من إياقه فلم يعلم هلاكه أن ذلك من المشتري حتى يعلم أنه أصابه في العهدة، بناء على أن الأصل السلامة وانبرام العقد.

والمنقول في اللخمي، والباقي^(٢) وغيرهما عن مالك: أن ذلك من البائع.

وفي جعله مقابل الأصح نظر. وقد قال اللخمي: إن قول مالك أقيس؛ لأن الأصل أنه في ضمان البائع، ووجوده بعد الثلاث مشكوك فيه؛ فلا ينتقل عن ضمان الأول بشك.

وللمشتري إسقاطها بعد العقد

أي: إذا وقع العقد على العهدة فللمشتري إسقاطها؛ لأنه حق له.

وللبائع قبله كعيب غيره

هكذا وقع في بعض النسخ: (وللبائع) بلام الجر، وعليها تكلم ابن راشد، فقال:

يعني وللبائع إسقاط العهدة قبل العقد، كما له أن يتبرأ من سائر عيوب الرقيق.

وفي بعض النسخ: والبائع قبله كعيب غيره، فيحتمل هذا ويحتمل غيره، وهو الذي

قاله ابن عبد السلام: إن البائع حكمه في العيب قبل الإسقاط كعيب غيره؛ أي: كالعيب

مع عدم الإسقاط، كما لو اشترى عبداً على عهدة الثلاث؛ قبضه فبقي يوم أو يومان ثم

أسقط حقه، ثم اطلع على عيب حدث في اليوم الأول أو في الثاني؛ فحكمه في ذلك

حكم من اشترى عبداً أو اطلع فيه على عيب قديم.

(١) «الكافي» (ص / ٦٩).

(٢) «المتقى» (٦ / ٥٩).

فَإِنْ حَدَثَ مَا يَمْنَعُ الرَّدَّ كَالْعِتْقِ، فَقِيلَ: تَسْقُطُ بَقِيَّتُهَا، وَقِيلَ: تَبْقَى وَيَرْجِعُ بِالْأَرْضِ، وَقِيلَ: تَبْقَى وَيُرَدُّ الْعِتْقُ...

أي: فلو أعتق المشتري العبد المبيع على العهدة، أو كاتبه، أو دبره، أو أولدها ونحو ذلك؛ ففي «الموازية»: تسقط بقية العهدة، وعليه فتسقط النفقة على البائع.

وقال أصبغ وسحنون: ينفذ العتق ويرجع بقيمة العيب.

اللخمي: وهو أحسن.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ثلاثة أقوال: اثنين كالمقدمين، والثالث: يرد العتق. وذكر هذا القول في عهدة السنة.

الباجي^(١): وهو في عهدة الثلاث أولى.

وألزم المازري على نقض العتق بما يحدث في العهدة نقضه أيضاً بعيب قديم ثم اطلع عليه، على طريق من قال: إن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله.

وفيها: وَلَا يُنْقَدُ فِي عَهْدَةِ الثَّلَاثِ بِشَرْطٍ، بِخِلَافِ السَّنَةِ

تقدمت هذه المسألة مع نظائرها، وفهم من قوله: (بشروط) أنه لو طاع بذلك لجاز، قالوا: ولو تطوع به ثم أراد استرجاعه ووضعه على يد أمين لم يكن له ذلك، وجاز الاشتراط في عهدة السنة؛ لأنها في عيوب يسيرة الغالب السلامة منها؛ فيؤمن من الوقوع في: تارة بيعاً وتارة سلفاً.

ولعله نسب المسألة «للمدونة» لإشكالها؛ لأنه منع اشتراط النقد في الثلاث؛ وألزم النقد في بيع الثمار بعد الزهو بمجرد العقد وكلاهما في ضمان البائع. وفرقوا بغلبة الأمن في الثمار؛ ولأن ما يطرأ في الثمار يستوي فيه المتبايعان بخلاف الثلاث؛ لاحتمال تقدم علم البائع بالعيب.

فروع:

الأول: إن بنينا على عدم الجواز بشرط قبض، محمد: على أنه يجوز في المواضعة وضع الثمن عنده مختوماً عليه.

بعض الموثقين: وعهدة الثلاث لا شك فيها.

الباجي^(١): ويجيء على قول القاضي أبي محمد في مسألة بيع العربان أن ذلك جائز. بعض القرويين: وإنما لم يجز هنا للطبع عليه بخلاف الرهن؛ لأن الثمن في المواضعة عين الحق، بخلاف الرهن فإنه إنما وضع توثقًا.

الثاني، قال محمد: ولو لم يتطوع أولاً به وتشاح هو والبائع في بقائه بيد ثقة إلى انقضاء العهدة أو الاستبراء؛ فهل يجب ذلك على المبتاع أم لا؟

فيه عن مالك روايتان: إحداهما في «العتبية»^(٢): أنه لا يلزمه ذلك، وقاله في «المبسوط».

والأخرى في «الموازية»: أن ذلك لازم له، وقاله ابن القاسم، وابن حبيب، وابن عبدوس.

الباجي في «وثائقه»: ودليل «المدونة» ما في «العتبية»^(٣)؛ لأنه قال فيها: وإذا اشترى الجارية وهي ممن يتواضع مثلها يصلح أن يشترط مواضعة النقد على يد رجل؟ قال: نعم، فيدل على أنه لو لزمه لما احتاج البائع إلى شرط.

الثالث: إن تلف هذا المال عند المودع وخرج المبيع من العهدة سالمًا، فإن ضمان الثمن من البائع وأخذ المبتاع عبده دون شيء، وإن هلك المبيع فهو من البائع ومصيبة الثمن من المبتاع.

وإن ظهر بالمبيع عيب حدث في العهدة، أو كان به قبلها وأراد المبتاع الاستمسك به، فهل يكون له ذلك من ضياع الثمن أم لا؟ فيه عن مالك روايتان:

إحداهما: أن له ذلك، ابن القاسم: بالثمن التالف.

والأخرى: أنه ليس له ذلك، قال ابن الماجشون: ويفسخ البيع بينهما، إلا أن يأخذ بثمان آخر فيكون ذلك له.

وقال سحنون: إن تلف الثمن قبل حدوث العيب فلا يأخذه إلا بثمان آخر، وإن تلف

(١) «المنتقى» (٦ / ٦٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (٤ / ٨٢).

(٣) «البيان والتحصيل» (٤ / ٨٢).

بعد حدوثه وقبل رضا المبتاع به فله أخذ المبيع دون ثمن.

الجنون الذي يرد به في السنة: هو ما كان عن مس الجن، ومعناه الوسوسة.

الباجي^(١) وغيره: وهو مذهب مالك، إلا ابن وهب فإنه رأى الجنون مطلقاً موجباً للرد ولو كان بضربة أو غيرها.

الرابع: لو ظهر أحد الأدواء الثلاثة ثم ذهب قبل الرد، فقال مالك وسحنون: يرد بالجنون إذ لا تؤمن عودته.

وأما الجذام والبرص، فقال ابن حبيب: هو كالجنون.

وقال ابن القاسم: لا رد له إلا أن يقول أهل المعرفة: إن عودته لا تؤمن، وعلى هذا فالخلاف خلاف في حال.

وأما ما ذهب من العيوب الحادثة في الثلاث قبل الرد، فإن كانت مما تؤمن عودته فلا رد، كذهاب البياض من العين، وأما ما يتقى عودته كالحمى، فقال سحنون: له الرد، وقال أشهب بالتوقف حتى ينظر، فإن لم يتبين ذهابها فلا رد، وإن عادت بالقرب رد.

وَيَنْتَقِلُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ، إِلَّا فِيمَا فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ مِنْ كَيْلٍ، أَوْ عَدَدٍ، أَوْ وَزْنٍ...

لما فرغ من الكلام في لزوم العقد وجوازه شرع في بيان حكمه قبل القبض وبعده، وتكلم في أمور ثلاثة: في انتقال الضمان، وفي صورة القبض، وفي وجوبه، ثم إن البيع قسماً: صحيح، وفاسد.

وبدأ بالصحيح، والدليل على انتقال الضمان بالعقد - إلا فيما استثناه المصنف - قوله ﷺ في الصحيح: «الخراج بالضمان»، والإجماع أن الخراج للمشتري بالعقد.

وَفِي الثَّمَارِ قَبْلَ كَمَالِ الطَّيِّبِ، وَفِي الْمَحْبُوسَةِ بِالثَّمَنِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ خَاصَّةً.

هذا معطوف على ما فيه حق توفية؛ أي: أن هذين لا ينتقل فيهما الضمان بالعقد، أما الثمار فلبقاء ضمان الجوائح فيها، وأما المحبوسة؛ أي: سلعة بيعت وليست من الثمار قبل الطيب ولا فيها حق توفية وحبسها البائع لأجل ثمنها؛ فضمانها من بائعها، وهذه إحدى

الروایتین عن مالك .

والثانية: أن الضمان من المشتري .

ابن المواز: وإنما اختلف قول مالك في هذا إذا لم ينقد، والمشهور من قول ابن القاسم أنها تضمن كالرهن، إلا أن يكون المشتري هو التارك لها فكالوديعة .

ولهذا قال سحنون في «نوازل»: جميع أصحاب مالك: أن المحبوسة بالثمن ضمانها من المبتاع، إلا ابن القاسم فإنه رأى حكمها كالرهن .

قال في «البيان»^(١): وهو المشهور من قوله .

قال: ويتحصل في تلفها إن قامت بينة عليه قولان:

أحدهما: أن مصيبتها من البائع وينسخ البيع .

والثاني: أن مصيبتها من المبتاع ويلزمه الثمن، وإن لم تقم بينة على تلفها أربعة أقوال:

أحدها: أن البائع يصدق مع يمينه على ما ادعاه من تلفها، كانت قيمتها مثل الثمن أو أقل أو أكثر، وينسخ البيع، وهو قول سحنون .

الثاني: أنه يصدق مع يمينه على ما ادعاه من تلفها وينسخ البيع، إلا أن تكون قيمتها أكثر من الثمن فلا يصدق إلا أن يصدقه المبتاع، وهو بالخيار بين أن يصدقه فيفسخ البيع، أو يضمه القيمة ويثبت البيع، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية .

وهذان القولان على قياس القول بأن المصيبة من البائع، وينسخ البيع إذا قامت البينة على التلف .

الثالث: أن البائع يصدق مع يمينه فتلزمه قيمتها إذا كانت أقل من الثمن أو أكثر ويثبت البيع، وهو الذي يأتي على المشهور من قول ابن القاسم أن المحبوسة بالثمن حكمها حكم الرهن .

الرابع: أن البائع مصدق مع يمينه في تلفها وتلزمه قيمتها، إلا أن تكون أقل من الثمن فلا يصدق؛ لأنه يتهم أن يدفع إليه القيمة ويأخذ الثمن وهو الأكثر، إلا أن يصدقه المبتاع فيكون بالخيار بين أن يصدقه فيأخذ القيمة ويدفع إليه الثمن، وإن كان أكثر أو لا يصدقه

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٤٨٠) .

وينقض البيع .

وهذان القولان على قياس القول بأن مصيبة المحبوسة بالثمن مصيبتها من المبتاع إذا قامت البيئة على تلفها كالرهن . انتهى .

ونقل غيره عن مالك قولاً بالتفصيل ؛ لأنه قال في «مختصر ما ليس في المختصر» : إن كان المشتري من أهل البلد وهو موسر فالمصيبة من البائع ، وإن كان غريباً أو ليس بموسر فالمصيبة من المشتري .

وقوله : (خَاصَّةً) عائد على ابن القاسم ؛ أي : أن ابن القاسم انفرد به دون أصحاب مالك كما قاله سحنون .

وجعله ابن عبد السلام عائداً على المحبوسة لا إلى ابن القاسم ، قال : لأن ابن القاسم لم ينفرد به ، بل هو أحد قولي مالك في «المدونة» . قال : وكذلك المحتبسة لأجل الإشهاد عند المتأخرين .

فرع:

إذا بقيت السلعة بيد البائع على سبيل المساكنة فاختلف المتأخرون ، هل تلحق بالمحبوسة بالثمن ، أو بالوديعة ؟ على قولين ، بناء على وجوب التسليم بمجرد العقد حتى يتبين قصد احتباسها ، والأصل : بقاؤها على ملكه ، وإنما يرضى بتسليمها إذا قبض ثمنها .

وقيل : يُشْتَرَطُ مَضِيٌّ زَمَنٌ يَتَّسِعُ لِلْقَبْضِ ، وقيل : بِشَرَطِ تَمْكِينِ الْبَائِعِ ، وقيل : لَا يَنْتَقِلُ إِلَّا بِالْقَبْضِ كَالشَّيْءِ الْغَائِبِ وَالْمَوَاضِعَةِ .

هذه الأقوال راجعة لصدر المسألة . أي : المشهور أن الضمان ينتقل بالعقد ، وقيل : إنما ينتقل بالعقد بشرط مضي زمن يتسع فيه للقبض ، حكاه المازري عن بعض الأشياخ ، وقيل : بشرط تمكين البائع من القبض ، وليس أخص من الذي قبله ؛ لأنه قد يوجد تمكين البائع للمشتري من القبض إثر البيع قبل تمام الزمان الذي يتسع للقبض .

وتصور الثالث ظاهر ، وعزاه ابن رشد لأشهب ، وحكاه أيضاً المازري عن بعض الأشياخ ، وأنكره ابن دحون ، ورد عليه ابن رشد بوجوده .

وقوله : (كَالشَّيْءِ الْغَائِبِ) أي : كما أن الشيء الغائب والمواضعة لا ينتقل ضمانها إلا بالقبض فكذلك هذا .

وفي بعض النسخ: كالمستثنى والغائب، فيكون مراده بالمستثنى ما استثنى أولاً بقوله: (إلا فيما فيه حق توفية...) إلى آخره.

وليس ذكر المواضعة بيناً؛ لأن ضمان البائع فيها ينتهي بخروج الأمة من الحيض. بل الذي نقله الباجي^(١) أن الضمان ينتهي برؤية الدم، قال: لأن ابن القاسم في «المدونة» أجاز للمشتري برؤية الدم الاستمتاع.

وما ذكره المصنف من أنها في ضمان البائع إلى قبض المشتري.

ابن عبد السلام: قد أنكر وجوده في المذهب بعض كبار الشيوخ وحفاظهم. وبنى على هذا الإنكار تخطئة ما يثبتته الموثقون وغيرهم من الحكم على البائع بإنزال المشتري في الربع المبيع وبطواف الشهود عليه، وقال: لو كان هذا لازماً للبائع لكان ذلك حق توفية، فيكون ضمان الدار المبيعة من بائعها حتى يقبضها المشتري.

وأثبت بعضهم هذا القول في المذهب، ورأى أن القول بإنزال المشتري مبني عليه، وبالجمله فهو قول مختلف في ثبوته بين الشيوخ وأصول المذهب تأباه.

وَالْقَبْضُ فِي الْمَكِيلِ بِالْكَيْلِ، وَفِي الْمَوْزُونِ بِالْوَزْنِ، وَفِي الْمَعْدُودِ بِالْعَدَدِ

هذا هو القسم الثاني في صورة القبض وهو ظاهر.

فرع:

وهل أجرة الكيل على البائع أو على المشتري؟ في «الموازية» قولان: ابن شعبان: أجرة الكيل والوزن في المبيع على البائع، وفي الثمن على المشتري.

عياض: وهذا موافق للقول: إنه على البائع؛ إذ كل واحد منهما بائع لشيئه من صاحبه؛ وهو الأقرب.

وَفِي اعْتِبَارِ قَدْرِ الْمُنَاوَلَةِ قَوْلَانِ

أي: إذا وزن أو كال فهل ينتقل بمجرد ذلك؛ بحيث لو أتلّف حيثنذ كان ضمانه من المشتري، أو لا بد من اعتبار قدر المناولة؟ وأطلق الخلاف تبعاً للمازري وابن شاس^(٢).

(١) «المنتقى» (٦/ ١٢٠).

(٢) «الجواهر» (٢/ ٥١٠).

وزاد المازري ثالثاً: إن كان المشتري هو المتولي الكيل لنفسه فالضمان منه، وتبع ابن راشد، وابن عبد السلام هذه الطريقة، وقال في «البيان»^(١): إن تولى البائع أو أجيره الكيل ثم سقط المكيال من يد البائع وقبل أن يصبه في وعاء المشتري؛ فلا خلاف أن ضمانه من البائع، وإنما الخلاف إذا تولى ذلك المشتري أو أجيره، فروى يحيى عن ابن القاسم أن مصيبته من البائع، ورواه أشهب عن مالك.

وقال سحنون في «نوازل»: إن مصيبته من المبتاع، وسواء كان المكيال من البائع أو المبتاع، إلا أن يكون المكيال هو الذي ينصرف به المبتاع إلى منزله ليس له إناء غيره؛ فيكون ضمان ما فيه منه إذا امتلاً؛ كان له أو للبائع واستعاره منه المبتاع، قاله ابن وهب في رواية أبي جعفر عنه.

وفي العقار التَّخْلِيَّةُ

أي: والقبض في العقار بالتخلية، أي: يخلي البائع بينه وبين المشتري ويمكنه من التصرف فيه بتسليم المفتاح، وشرط الشافعية فيه تفريغه من أمتعة البائع، وبه فسر ابن راشد كلام المصنف.

وكذلك قال ابن عبد السلام: إن إخلاءها من الشواغل هو ظاهر كلام المصنف وليس بظاهر؛ لأن المصنف إنما قال: التخلية، وإنما يأتي ما قاله لو قال: الإخلاء؛ بل يكتفي بالتسليم وإن لم يحصل الإخلاء؛ لأن مقتضى كلام اللخمي: أنه يكتفي في الدور بمجرد التسليم؛ قال: إلا في دار السكنى فلا بد من إخلائها من الشواغل.

وقد نص المصنف في الرهن على أن قبضه كقبض المبيع.

وفي غَيْرِهِمَا الْعُرْفُ

أي: والقبض في غير المثلي والعقار ما يعد في العرف قبضاً؛ كاختبار الثوب وإعطائه رسن الدابة.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْبِدَايَةِ أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي، وَقِيلَ: يُخْلِيَانِ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ لَهُ الْآخَرُ

هذا هو القسم الثالث وهو الإيجاب عليه، ولا شك أن كلاً من المتبايعين يجب عليه تسليم العوض، فإن اختلفا، فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض، وقال المشتري: لا

أسلم الثمن حتى أقبض.

المازري: ولا أعرف فيها نصا لمالك ولا للمتقدمين.

ابن القصار: والذي يقوى في نفسي على المذهب أحد أمرين؛ جبر المشتري وهو مذهب أبي حنيفة، أو إعراض الحاكم عنهما، ومن تطوع منهما أجبر له الآخر، قال: وأن يجبر المتابع أقوى، فأنت ترى كيف لم يجزم بشيء، والمصنف قد حكى الاحتمالين قولين وليس بجيد، وخرج عبد الحميد قولين:

أحدهما: جبر المشتري من جبر الزوج على دفع الصداق قبل الدخول؛ لأن الزوج مشتر والمرأة بائعة.

والثاني: تبدئة البائع من اختلاف المكتري وصاحب الدابة؛ فإنه قال في الأكرية من «المدونة»^(١): يبدأ صاحب الدابة بالدفع، فكلما مضى يوم أخذ حصته من الكراء.

ونقل بعض من تكلم على هذا المحل عن شيخه الزواوي: أنه كان يتعجب من احتياجهم إلى مثل هذا الاستقراء على ضعفه وفي «المدونة» ما هو نص أو كالنص على تبدئة المشتري؛ ففي كتاب العيوب منها: ومن اشترى عبداً فللبائع أن يمنعه من قبضه حتى يدفع إليه الثمن.

وكذا قال ابن عبد السلام وزاد موضعاً آخر كهذا؛ وهو أنه قال في هبة الثواب: فأما هبة الثواب فللواهب منعها حتى يقبض العوض كالبيع.

وقال القاضي إسماعيل: يدفع الثمن والمثمن إلى رجل فيدفع الرجل إلى كلٍّ منهما ما يستحقه.

وصحح المازري أن المتبايعين يخرج كل واحد منهما ما عنده ويمد يده إلى صاحبه، وإن تعذر هذا انتقلا إلى القرعة.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا ضَمَانَ فِي الْفَاسِدِ إِلَّا بِالْقَبْضِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: أَوْ بِالْتَّمُكِنِ، أَوْ بِنَقْدِ الثَّمَنِ...

لما قدم ما ينتقل به الضمان في البيع الصحيح أخذ فيما ينتقل به الضمان في البيع الفاسد، وتصور كلام ابن القاسم ظاهر.

(١) «المدونة» (٢/ ١٧٧).

وزاد أشهب شيئين آخرين للضمان؛ وهما: تمكين المشتري من السلعة، وإعطاء الثمن للبائع.

وقال سحنون: إنما يضمن بعد العقد ضمان الرهان، والأظهر قول ابن القاسم؛ لأن المشتري إنما قبض لحق نفسه على نحو ما يقبض المالك، ولم يقبضه للانتفاع بالثمن كالرهن، ولا للانتفاع به مع بقائه كالعواري، ولا دخل به على احتمال رده كالخيار.

وَيُقَوِّمُ وَقْتُ ضَمَانِهِ لَا وَقْتُ الْعَقْدِ

أي: أن المبيع يبعاً فاسداً إذا فات ووجب ضمانه فيقوم في أول أزمته ضمانه؛ وهو يوم القبض عند الجميع، أو يوم التمكين، أو دفع الثمن عند أشهب.

ابن راشد: وما ذكره المصنف هو المشهور، وقيل: يقوم يوم العقد، وقيل: يوم الفوت.

وَاسْتِعْمَالُهُ مُطْرَحٌ؛ إِذَا خَرَّاجٌ بِالضَّمَانِ

أي: ما استغله المشتري من المبيع يبعاً فاسداً فهو له؛ ولو فسخ البيع ورد المبيع، وعلله بما ذكره.

وَلَا يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ فِيهِ إِلَّا بِالْقَبْضِ وَالْفَوَاتِ

يعني: أنا وإن قلنا: الضمان في المبيع يبعاً فاسداً ينتقل بالقبض؛ فالملك لا ينتقل بذلك، بل لا بد من ضميمة الفوات.

وفي بعض النسخ: على المعروف؛ إشارة إلى ما ذهب إليه سحنون: أن الملك لا ينتقل بوجه في الحرام البين.

وذهب ابن مسلمة إلى أن الفسخ بعد القبض استحسان، وظاهره أن العقد الفاسد إذا اتصل به القبض نقل الملك.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْحَرَامِ الْبَيِّنِ: الْمِثْلُ فِي الْمِثْلِيِّ وَالْقِيَمَةُ فِي مَا سِوَاهُ، وَمَا كَرِهَهُ النَّاسُ يَمْضِي بِالثَّمَنِ، وَقِيلَ: بَتَعْمِيمِ الْأَوَّلِ...

نسب هذا لابن القاسم لاختصاصه به؛ أي: أن ابن القاسم فرق في الفاسد بين أن يكون حراماً صريحاً ثبت تحريمه بنص أو إجماع وشبه ذلك، وبين أن يكون مدرك تحريمه

قياساً وعموماً بعيداً، فالأول تلزم فيه القيمة في المقوم والمثل في المثل، والثاني يمضي بالثمن؛ أي: يمضي بالثمن بعد الفوات، نص عليه في «الجواهر».

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف أنه يمضي بالعقد الأول ولا يرد، وليس بظاهر؛ لأن كلام المصنف ليس فيه ما يعطيه أنه يمضي بالعقد.

وباشتراطه الفوات علم أنه لم يرد المكروه الذي هو مقابل المندوب؛ وإنما أراد ما جرت به عادة المتقدمين من إطلاق المكروه على نوع من الحرام، ولهذا أكد الحرام بالبين في القسم الأول.

ومثل ابن القاسم المكروه بمن أسلم في حائط بعينه قد أزهى ويشترط أخذ ثمره؛ فإنه يفوت بالقبض.

وقوله: (وقيل: بتعميم الأول) الذي هو الحرام البين؛ فيفسخ مطلقاً، فإن فات وجبت فيه القيمة إن كان مقوماً والمثل إن كان مثلياً، وهو قول ابن نافع وسحنون.

وحكى اللخمي في المختلف فيه أربعة أقوال؛ قيل: يمضي بالعقد، وقيل: بالقبض، وقيل: بالفوات فيمضي بالثمن، وقيل: بالقيمة كسائر البياعات الفاسدة، وهو قول من لم يراع الخلاف.

فَإِنْ كَانَ دَرَاهِمَانِ وَسَلْعَةٌ تُسَاوِي عَشْرَةَ ثَوْبٍ فَاسْتَحَقَّتِ السَّلْعَةُ وَفَاتَ الثَّوْبُ؛ فَلَهُ قِيَمَةُ الثَّوْبِ بِكَمَالِهِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَيَرُدُّ الدَّرَاهِمَيْنِ لَا قِيَمَةَ نَصْفِهِ وَثُلُثَهُ...

يعني: فلو كان التعاوض بأن دفع رجل درهمين وسلعة تساوي عشرة دراهم وأخذ ثوباً فاستحقت السلعة من يد من أخذها؛ فحقه أن يرد الدرهمين ويرجع فيأخذ ثوبه؛ لأنه لما استحق جل ما بيده انتقضت الصفقة كلها، لكن المصنف فرض فوات الثوب، وفواته بحوالة السوق فأعلى.

وقوله: (فله) أي: مع الفوات قيمة الثوب كاملاً ويرد الدرهمين لصاحب السلعة؛ بناءً على أن الصفقة إذا استحقت جلها انفسخت كلها به، وهذا هو المشهور.

وقيل: إنما له قيمة خمسة أسداسه في المثال المذكور؛ بناءً على صحة البيع فيما قابل الدرهمين لعدم استحقاقهما؛ لأنك قد علمت أن قيمة السلعة عشرة دراهم؛ فإذا أضفت إليها الدرهمين كانت نسبتها من الجميع السدس، فيمضي البيع في سدس الثوب؛ فلو

كانت قيمته خمسة عشر مثلاً قاصه بدرهمين ويرجع بثلاثة عشر على المشهور، وعلى مقابله باثني عشر ونصف.

فلو كانت قيمته تسعة رجع على المشهور بسبعة وقاصه بدرهمين، وعلى مقابله بسبعة ونصف.

أما لو كانت قيمته اثني عشر كعوضه؛ رجع بعشرة اتفاقاً ويقاص بدرهمين على المشهور ويملكها على مقابله بغير مقاصة.

وزعم ابن عبد السلام أن قوله: (لا قيمة نصفه وثلثه) لا يريد به خصوصية هذه المسألة؛ لاستحالة أن تكون السلعة ثلثاً ونصفاً، وإنما مراده: لا قيمة ثلثه إن كانت السلعة ثلث الصفقة كما لو كانت تساوي درهماً واحداً، ولا قيمة نصفه كما لو كانت تساوي درهمين، وهذا ليس بظاهر؛ لما ذكرناه.

وَالْفَوَاتُ بِتَغْيِيرِ الذَّاتِ، وَتَغْيِيرِ السُّوقِ، وَالخُرُوجُ عَنِ الْيَدِ بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ، وَتَعَلُّقُ حَقِّ الْغَيْرِ بِهَا كَرَهْنَهَا أَوْ إِجَارَتِهَا.

لما ذكر أن الملك ينتقل بالفوات ذكر له أربعة أسباب:

الأول: تغيير الذات.

الثاني: تغيير السوق.

الثالث: الخروج عن اليد ببيع أو هبة أو صدقة أو عتق، وليس تخصيص المصنف البيع بظاهر.

والرابع: تعلق حق الغير بها كما ذكرناه.

وظاهر كلامه يقتضي أن تغيير الذات يفيت المثلي، وقاله ابن شاس^(١).

والذي في اللخمي والمازري وابن بشير: أنه لا يفوت؛ لأن المثل يقوم مقامه.

وَيُعْتَبَرُ فَوَاتُ الْغَرَضِ الْمَقْصُودِ فَتَفُوتُ الدَّارُ بِالْهَدْمِ وَالْبِنَاءِ

أي: ويعتبر في التغيير الموجب للفوات أن يكون ذلك التغيير مفياً للمقصود، ولا شك أن التغيير على هذا الوجه مفيت، ومفهومه: أن العيب الذي لا يفيت الغرض ليس

فوت، وظاهر النقول خلافه؛ ففي «المدونة»^(١): ومن اشترى أمة بيعاً فاسداً فولدت عنده ثم مات الولد فذلك فوت.

وقال اللخمي: تغيير المبيع في نفسه بزيادة أو نقص مفيت وأطلق.

وقوله: (فَقُوتُ الدَّارُ بِالْهَدْمِ) قال في «البيان»^(٢) في باب جامع البيوع: إن الحائط في البيع الفاسد لا يفوت بالبناء اليسير.

قال في «العتبية»^(٣): ويكون على رب الحائط إذا رد إليه ما أنفق في بنيان جدار أو حفر بئر، وقيل: قيمة ما أنفق.

وَالْأَرْضُ بِالْغَرْسِ وَقَلْعِهِ

قال في «الجواهر»^(٤): وكذلك حفر الآبار وشق العيون، ولا شك أن هذا مفيت، وقسمها أصبغ في «العتبية»^(٥) على ثلاثة أقسام: فقال فيمن اشترى أرضاً بيضاء شراء فاسداً فقبضها فغرس حولها شجراً حتى أحاط بالأرض وعظمت في ذلك المثونة وبقي أكثرها بيضاء: أنه فوت لجميعها، وإن كان إنما غرس ناحية من الأرض فأتت تلك الناحية، وإن كان إنما غرس يسيراً لا بال له رد جميعها وكان على البائع للغارس قيمة غرسه.

ابن محرز والمازري: والصواب أن يكون له قيمتها قائمة؛ لأنه غرسها بشبهة.

وخرج بعضهم قولاً بأنه يأخذ ما أنفق، وجعل في «البيان»^(٦) الناحية التي تفوت بالغرس أن تكون قيمتها ثلث المجموع أو رבעه.

وعلى هذا فيكون اليسير الذي لا يفوت به ما دون الربع يسقط.

ونقل في «البيان» قولاً آخر في الغرس في الناحية: أن البيع يفسخ في الأرض كلها، فيبطل عن المبتاع جميع الثمن إن كان لم يدفعه، ويرد إليه جميعه إن كان دفعه، وعليه قيمة الناحية التي فوت بالغرس بالغة ما بلغت.

(١) «المدونة» (٣/ ١٨٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ٥٩).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٥٩).

(٤) «الجواهر» (٢/ ٤٣٥).

(٥) «البيان والتحصيل» (٨/ ٥٩).

(٦) «البيان والتحصيل» (٨/ ٥٩).

وهذا القول قائم من «الدمياطية» لابن القاسم، واحترز بالغرس من الزرع فلا يكون فوتًا، قاله ابن القاسم.

قال ابن المواز: فإن فسخ في إبان الزراعة لم يقلع عليه كراء المثل، وإن فسخ بعد الإبان فلا كراء عليه.

فَلَوْ بَاعَهُ قَبْلَ قَبْضِهِ فَقَوْلَانِ

أي: فلو باع المشتري المبيع بيعًا فاسدًا بيعًا صحيحًا؛ فإن كان البيع بعد قبض المبيع فات، وإن كان قبله فهل يفوت؟ قولان للمالك في «الموازية».

عياض: واختلفوا في حمل «المدونة» عليها، ولا يختلفون أنه لو علم بالفساد ثم باعها قصدًا للتفويت أن بيعه غير ماض.

وقوله: (بَاعَهُ) ثانيًا أي: بيعًا صحيحًا، وأما الفاسد فلا أثر له.

ابن عبد السلام: وما قاله عياض إنما يتم إذا كان المشتري منه واطأه على قصد التفويت، وأما إن لم يقصده فلا يبعد أن يختلف فيه على أن بعضهم أشار إلى وجود الخلاف فيه نصًا، ووقع في الرواية: أن المشتري إذا قصد إلى تفويته بالبيع من غيره؛ فإنه لا يفوت بذلك إلا بالعتق. انتهى.

وفي اللخمي: البيع الصحيح يفيت البيع الفاسد وإن قصد بذلك التفويت.

فانظره مع كلام عياض.

وَتَغْيِيرُ السُّوقِ يَعْمَلُ فِي الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ دُونَ الْعَقَارِ، وَذَوَاتِ الْأَمْثَالِ مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مِنَ الْمَعْدُودِ، وَقِيلَ: فِي الْأَرْبَعَةِ كَغَيْرِهِ...

يعني: أن تغير السوق بزيادة أو غيره أو نقص يعمل، أي: يفيت الحيوان والعروض باتفاق، ولا يعمل في العقار وذوات الأمثال على المشهور.

وقال ابن وهب: يعمل أيضًا فيهما، وإليه أشار بقوله: وقيل في الأربعة كغيره؛ لأنه أراد بالأربعة العقار، وثلاثة أنواع: المثلي المكيل، والموزون، والمعدود.

وفرق للمشهور بأن غالب شراء العقار للغنية؛ فلا يطلب فيه كثرة الثمن وقلته بخلاف غيره، وبأن الأصل في ذوات الأمثال القضاء بالمثل والقيمة كالفرع؛ فلا يعدل إليها مع إمكان الأصل.

وَفِي بَيْعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ قَوْلَانِ

أي: وفي بيع المذكور وهو العقار وذوات الأمثال، وهما القولان المتقدمان، وكرره؛ لأنه لما لم يعمل فيها تغيير السوق فلا يتوهم لأجل ذلك لا ملك يعمل فيه تغيير؛ فلا يخاف أن يتهم أنه يعمل فيها غيره من المفوتات، على أن الظاهر أن مراده بهذا خلاف الأول، ويتضح لك ذلك بما قاله في «الجواهر»، فلو باع ما اشتراه شراء فاسدًا فقد رأى المتأخرون في نفوذ البيع له وهو في يد بائعه قولين، قالوا: وكذلك عكسه؛ وهو أن يبيع البائع ما باعه بيعًا فاسدًا بعد قبض من اشتراه الشراء الفاسد.

وجعلوا سبب الخلاف كون البيع الفاسد هل ينقل شبهة الملك أم لا؟ انتهى.

فيحمل كلامه في هذا الفرع على الفرع الثاني الذي في ابن شاس^(١)، وقد حكى ابن بشير هذا الخلاف أيضًا.

وَفِي طُولِ الزَّمَانِ فِي الْحَيَوَانِ قَوْلَانِ

أي: وفي مجرد الطول فقط، والقول بأنه يفيت مذهب «المدونة»، والقول الآخر ذكره ابن شاس، وعلى المشهور فذكر فيها في العيوب أن مرور الشهر فوت، وذكر في السلم أن الشهرين لا يكون فوتًا.

وحمله اللخمي على الخلاف، ورأى المازري أنه ليس بخلاف وإنما هو اختلاف شهادة.

تنبيه: سكت المصنف عن الطول في غير الحيوان، أما العقار، فقال في «البيان»^(٢):

واختلف قول ابن القاسم في طول الزمان هل هو فوت في الأرضين والدور أم لا؟ والقولان في كتاب الشفعة من «المدونة» نص في موضع منها أن طول الزمان فوت، وفي موضع آخر أن الستين والثلاث ليس بفوت، فدل أن طول الزمان فوت.

ونص اللخمي والمازري أن مالكا وابن القاسم قالوا: لا يفيتها الطول، قالوا، وقال أصبغ: إلا أن يكون الطول عشرين سنة، فإن هذا لا بد أن يدخله التغيير في بعض الوجوه والبلاد.

(١) «الجواهر» (٢/ ٤٣٦).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨/ ١٣).

وأشار المازري إلى أن ما ذكر أصبغ لا يخالف فيه؛ والرواية المذكور فيها: أن مجرد الطول لا يفيت؛ إنما أطلقت على أن طول الزمان لم يغير عينها.

وأما العروض، ففي «المدونة»^(١): لا يفيتها الطول؛ إذ لم تتغير في نفسها ولا حال سوقها، وذكر ابن راشد أن طول الزمان في العروض مفيت، قال: لسرعة التغير فيها.

وَنَقْلُ الْعُرُوضِ وَالْمَثْلِيِّ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ بِتَكْلُفٍ أَوْ إِجَارَةٍ، وَوَطْءُ الْأَمَةِ كَتَغْيِيرِ السُّوقِ
أي: فيفيت غير المثلي ولا يفيت المثلي على المشهور، وهذا ظاهر كلامه وفيه نظر؛ لأن الذي نقله المازري وغيره: أن نقل العروض والمثلي مفيت، ولم أر خلافاً.

وتقييده بتكلف وإجارة يخرج الحيوان الذي ينتقل بنفسه فلا يكون نقله فوتاً.
قال المتأخرون: إلا في خوف الطريق وأخذ مكترٍ عليه، فذلك فوت لما فيه من الضرر.
ونبه بقوله: (بِتَكْلُفٍ أَوْ إِجَارَةٍ) على وجه إلحاقه بتغير السوق؛ وهو ما يلحق من زيادة فيها.

وما ذكره المصنف من وطء الأمة هو في «الموازية» لابن القاسم، ووجهه: أن يفتقر إلى إيقافها إلى الاستبراء، ويمنع السيد من التصرف فيها بالبيع والوطء وغيره؛ فيلحق البائع الأول بالضرر.

اللخمي: ولم يجعل ابن القاسم الغيبة عليها فوتاً ولا يعلم الوطء إلا بذلك، فإن قال: وطئتها؛ صدق، فإن قال: لم أصبها وصدقه البائع ردت ووقفت للاستبراء، وإن كذبه وكانت من العلي لم ترد، وإن كانت من الوخش فالقول قوله: إنه لم يصب؛ وردت ولم توقف.

وَلَوْ ارْتَفَعَ السَّبَبُ قَبْلَ الْحُكْمِ بِالْقَوَاتِ، فَإِنْ كَانَ بِتَغْيِيرِ سُوْقٍ ثُمَّ عَادَ لَمْ يَرْتَفَعْ، وَفِي ارْتِفَاعِهِ بِالْبَيْعِ ثُمَّ يَرْجِعُ، وَبِالْعِتْقِ وَالتَّذْيِيرِ ثُمَّ يَرُدُّهُ الْغَرِيمُ، وَبِالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ وَالْعَيْبِ ثُمَّ يَزُولُ قَوْلَانِ لَابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ.

أي: إذا وقع البيع فاسداً حصل هنالك مفيت من الأنواع المفيتة، ثم ارتفع ذلك المفيت قبل أن يحكم القاضي بعدم الرد، وأما لو حكم لمضى اتفاقاً.

فإن كان المفيت تغير سوق ثم زال، فإنه يقدر كأن التغير حاصل، وإليه أشار بقوله: (لَمْ يَرْتَفِعْ) إلى الفوات، وإن كان غيره - كما ذكر المصنف - فقال ابن القاسم: يرتفع الفوات ويكون له الرد، وقال أشهب: لا يرتفع كحوالة الأسواق. وفرق لابن القاسم بوجوه:

أولها: أن السوق الثانية غير الأولى بخلاف البيع؛ فإن البيع إذا رجع فهو الأول بعينه قطعاً.

ورده المازري بأن المعتبر وقوع السبب وهو البيع لا السوق، فلا فرق بين سوق تغيرت ثم عادت، أو سلعة بيعت ثم عادت.

ثانيها لأبي عمران: أن حوالة الأسواق تغير في عين السلعة؛ لأن المقصود ثمنها. وأما خروج السلعة من يد المشتري فليس بتغير؛ وإنما هو لأجل أن يد المشتري فيه حائلة؛ فإذا زالت انتقض.

المازري: وهو قريب من الأول.

ثالثها: لصاحب «النكت»^(١) وابن يونس: بأن تغير السوق ليس من سببه فلا يهتم بخلاف غيره.

ورده المازري: بأنه فرض المسألة في «المدونة» فيما إذا عادت بميراث، ولا تهمة فيه مع أنه ساوى بينه وبين ما إذا عادت بشراء.

وَتَلَفُ الْمَبِيعِ الْبَتُّ بِسَمَاوِيٍّ وَقَتَ ضَمَانِ الْبَائِعِ يَفْسَخُ الْعَقْدَ

لما تكلم على الضمان في الصحيح والفساد تكلم فيما يتعلق به من تلف أو استحقاق، أي: من اشترى شيئاً فهلك بسماوي؛ أي تلف بأمر من الله لا صنع لأدمي فيه وقت ضمانه من بائعه؛ فإن البيع يفسخ وإلا لم يكن لضمانه فائدة، واحترز بالبت من الخيار، وسيأتي.

ودخل في قوله: (وَقَتَ ضَمَانِ الْبَائِعِ) المحتبسة للثمن، والإشهاد، والبيع المحتاج إلى توفية، والثمار المشتراة بعد بدو صلاحها.

ولا يقال: يرد عليه تلف المبيع بخرجه؛ لأن البيع في السلم ليس هذا هو؛ وإنما هو الضمان في الذمة.

وَتَعْيِيهِ يُثْبِتُ الْخِيَارَ

يصح أن يقرأ بالغين المعجمة؛ أي: إذا غيبه البائع، وقال: هلك؛ يثبت للمشتري الخيار في فسخ البيع عن نفسه؛ لأنه لم يتمكن من المبيع.

والفرض أن ضمانه من بائعه وفي التماسك به، ويطلب البائع بمثله إن كان مثليا أو قيمته، وذلك بعد يمين البائع أنه هلك، وهذا هو الذي ذكره ابن عبد السلام.

ويحتمل أن يقرأ بالعين المهملة وهو ظاهر، وهو الذي قاله ابن راشد وغيره ممن تكلم على هذا الموضع، والمعنيان صحيحان.

وَتَلَفُ بَعْضِهِ أَوْ اسْتِحْقَاقُهُ كَرَدَهُ بَعِيْبٍ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ بَاقِي جُلَّةٍ بِحِصَّتِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ لِلْجَهْلِ بِالثَّمَنِ.

أي: وتلف بعض المبيع واستحقاقه؛ يريد: والبعض المستحق معين؛ لأن الشائع له حكم سيأتي، كرد البيع بعيب فينظر في الباقي بعد التلف والاستحقاق؛ فإن كان وجه الصفقة - أي: أكثر من النصف - لزمه الباقي بنسبته من الثمن، وإن كان التالف أو المستحق هو الجمل، فقال المصنف: لا يلزمه باقي جلته على المشهور؛ أي: لا يجوز له التمسك بالباقي خلافاً لابن حبيب.

هكذا الخلاف لا ما هو ظاهر كلام المصنف، ولهذا اعترض عليه ابن راشد، ولعل المصنف اكتفى بقوله: (لِلْجَهْلِ بِالثَّمَنِ) لأنها علة تقتضي المنع، فرأى في المشهور أن البيع قد انحل بتلف جلته أو استحقاقه؛ فتمسك المشتري بباقيه كإنشاء عقدة بثمن مجهول؛ إذ لا تعلم نسبة الجزء الباقي إلا بعد تقويم أجزاء المبيع على الانفراد ونسبة كل واحد من تلك الأجزاء المعنية من مجموع الصفقة.

ورأى ابن حبيب أن هذه جهالة طرأت بعد تمام العقد فصارت بمنزلة الجهالة الطارئة إذا اطلع على عيب بالمبيع، وبناء على أحد قولي ابن القاسم في جواز جمع الرجلين سلعتهما في البيع.

والذي علل به ابن حبيب هو الأول؛ وقال: يجوز له أن يتمسك بباقي الصفقة؛ لأنه

بيع قديم، ثم قال: بخلاف من باع عبداً أو جارية - وهي الصفقة - فهلك في المواضعة؛ فلا يجوز التمسك بالعبد؛ لأنه بيع لم يتم.

بِخِلَافِ الْمِثْلِيِّ فِيهِمَا، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ بَحْصَتَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ جُلَّةً فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ

أي: في التلف والاستحقاق، فإنه إن كان التالف أو المستحق نصف الصفقة فأقل؛ لزمه الباقي بما يخصه من الثمن.

ولا مخالفة للمثلي في هذا الوجه للمقوم، وإنما يخالفه في قوله: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ جُلَّةً فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ) أي: في التمسك بالباقي بحصته، أو فسخ العقد عن نفسه ولا يكون كالمقوم.

والفرق بينهما: أن ما ينوب المثلي من الثمن معلوم بخلاف المقوم.

واعترضه ابن عبد السلام بأن كلامه يقتضي أن لا خيار له في المثلي باستحقاق النصف وليس كذلك؛ بل قال ابن القاسم: يخيره في الثلث فأكثر.

وأشهب: لا يخيره فيه ولا في الثل؛ فإنه لا يرى الخيار في المثلي بالجل ولا ما دونه، ويلزمه الباقي بما ينوبه من الثمن.

خليل: وقيل: إنما يخير في الطعام بالنصف.

وفي ابن يونس: يخير فيه بالربع، فقال: جعلوه مخيراً إذا وجد ربع الطعام معيياً كالكثير من العروض، فإذا وجد ربع الطعام معيياً، لم يكن للمبتاع رد المعيب وأخذ السالم إلا برضا البائع؛ لكمال حاجة الناس إلى الطعام فجعل له مزية، كما ضمنه الحمالون ونهى عن بيعه قبل قبضه، بخلاف العروض.

وفي «البيان»: وجود العيب بالطعام على خمسة أوجه:

أحدها: أن يكون العيب مما لا ينفك عنه الطعام كقيعان الأهراء.

الثاني: أن يكون العيب مما ينفك عنه إلا أنه يسير لا خطب له.

الثالث: أن يكون ذلك كالربع والخمس.

الرابع: أن يكون ذلك كالثلث والنصف.

الخامس: أن يكون أكثر من النصف.

فأما إن كان العيب مما لا ينفك عنه كقيعان الأهراء، فإنه يلزم المشتري ولا يوضع عنه لذلك شيء من الثمن، وإن كان مما لا ينفك عنه إلا أنه يسير لا خطب له، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن فذلك له بلا خلاف.

وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك على ما في «المدونة»، وكذلك على رواية يحيى عن ابن القاسم، وأما إن كان ذلك كالربع والخمس، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن فذلك له بلا خلاف.

وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك.

وأما إن كان ذلك والنصف، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري ذلك بحصته من الثمن؛ فليس له ذلك على قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وله ذلك على قول أشهب واختاره سحنون، وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك بلا خلاف. وأما إن كان ذلك أكثر من النصف؛ فليس للبائع أن يلزمه للمشتري السالم بحصته من الثمن، ولا للمشتري أن يلتزمه إلا برضاها.

انظر ما حكاه في الربع من الاتفاق على أن للبائع أن يلزم المشتري السالم بحصته؛ فإنه خلاف ما حكاه ابن يونس، وقاله أبو الحسن.

خليل: وروى ابن يونس قوله في «المدونة»^(١) في باب القسم: ومن اشترى مائة إردب قمحاً فاستحق منها خمسون خير المتباع بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده، فإن أصاب بخمسين إردباً منها عيباً أو بثلاث الطعام أو بربعة؛ فإن له أخذ الجميع أو رده.

فائدة: لهم ثلاث مسائل:

مسألة: لا يجوز التمسك فيها بباقي الجل؛ وهي المسألة التي خالف فيها ابن حبيب.

ومسألة: يلزم التمسك فيها بباقي الجل؛ وهي ما في الجائحة.

ومسألة: يخير فيها، وهي باقي العيب.

والجزء المشاع يستحق فإنه يخير مطلقاً

يعني: وأما إذا استحق جزء شائع فإنه يخير مطلقاً، سواء كان الجزء يسيراً أو كثيراً؛ لضرر الشركة.

وَكُلُّ ثَوْبٍ وَنَحْوَهُ بِدَرِهِمْ لَغَوٌ؛ فَالْقِيَمَةُ

أي: لو وقع العقد على سلع متعددة وسميا لكل سلعة جزءاً من الثمن؛ كمن اشترى ثمانية أثواب بثمانية دنانير وسميا لكل ثوب ديناراً ثم استحق واحد منهما؛ فالتسمية لغو ولا بد من الرجوع إلى القيمة؛ لأنه قد يكون أحدهما أردأ.

وقسم في «البيان»^(١) في الأكرية هذه المسائل على ثلاثة أقسام، فقال: إن خالفت التسمية القيمة وشرط الرجوع بها لا بالقيمة عند الاستحقاق ونحوه؛ فلا خلاف أن البيع فاسد، وإن شرط الرجوع إلى القيمة فلا خلاف أن البيع جائز، وإن دخلا على السكوت؛ فقال ابن القاسم ورواه عن مالك: التسمية لغو والبيع صحيح.

وقاله سحنون، وأصبع، وروى ابن القاسم أيضاً: أن مراعاة التسمية فاسد.

وإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي قَبْضُ

هذا قسيم ما تلف بسماعي؛ أي: إذا أتلف المشتري ما اشتراه وهو في ضمان البائع فهو كقبضه له فيلزمه الثمن.

وحكى ابن عبد السلام الاتفاق على ذلك؛ سواء علم أنه المبيع أم لا، سلطه البائع عليه أو لا.

وإِتْلَافُ الْبَائِعِ وَالْأَجْنَبِيِّ يُوْجِبُ الْغُرْمَ

أي: من باع سلعة ثم أتلفها هو أو أجنبي قبل قبض المشتري لها؛ فإن ذلك الإِتْلَاف يوجب الغرم، ولم يبين المصنف ما يغرم، وصرح في «الجواهر»^(٢): يغرم القيمة في حق البائع والأجنبي.

وفي «اللمحي» في كتاب العيوب تفصيل، فقال: إن هلك خطأ فسخ البيع ولا شيء للمشتري ولو كانت القيمة أكثر من الثمن، وإن هلكت عمداً أو كانت القيمة أكثر غرم البائع فضل القيمة عن الثمن.

فإن اختلف الثمن والقيمة في الجنس كان المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع عن نفسه أو يدع الثمن الذي اشترى به ويرجع بالقيمة.

(١) «البيان والتحصيل» (٩ / ١٩).

(٢) «الجواهر» (٢ / ٥٠٥).

وعلى القول بأن المصيبة من المشتري يكون العمد والخطأ سواء؛ وعلى المشتري الثمن وله القيمة، فمن كان له فضل أخذه، قال: وإن أهلكه أجنبي خطأ أو عمدًا فعليه الأكثر من القيمة أو الثمن؛ لأنه أبطل على البائع الثمن الذي له في ذمة المشتري، هذا على القول بأن الضمان من البائع، وعلى القول الآخر تكون القيمة للمشتري على الجاني وعليه الثمن للبائع.

خليل: وهذا إنما هو في المحتبسة.

وَكَذَلِكَ تَعْيِيهِ

أي: تعيب المبيع كإتلافه؛ فيفصل فيه بين البائع والمشتري والأجنبي كما تقدم.

وَإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي وَالْأَجْنَبِيِّ الطَّعَامَ الْمَجْهُولَ كَيْلُهُ يُوجِبُ الْقِيَمَةَ لَا الْمِثْلَ

أي: من اشترى طعامًا على الكيل فأتلفه المشتري أو الأجنبي قبل معرفة كيله فالواجب فيه القيمة، وتبع في هذا ابن بشر.

وفصل المازري فجعل هذا في الأجنبي فقط، وأما المشتري، فقالوا: يعد بإتلافه قابضًا لما يتحرى فيه من المكيلة.

وفي «المدونة»: وإن ابتعتها على كيل، كل قفيز بكذا فهلكت قبل الكيل بأمر من الله تعالى؛ كانت من البائع وانتقض البيع، وإن هلكت بتعدي البائع أو أفاتها ببيع فعليه أن يأتي بمثلها تحريًا يوفيهما على الكيل، ولا خيار لك في أخذ ثمنه أو الطعام، ولو أهلكها أجنبي غرم مكيلتها إن عرفت وقبضت على ما اشتريت؛ وإن لم يعرف كيلها أغرمناه للبائع قيمتها عينًا، ثم ابتعنا بالقيمة طعامًا مثله ووفيناكه على الكيل.

قيل: وإنما ألزم البائع مثلها تحريًا والأجنبي قيمتها؛ لأنه لو ألزم الأجنبي المثل لما أمن من التفاضل بين الطعامين.

وقيل: لأن الغالب في البائع علم المكيلة؛ فلو التزم القيمة لكان البائع قد يربح.

ابن يونس: قال بعض أصحابنا: فإذا غرم الأجنبي تلك الصبرة فاشترى مثلها؛ فإن فضلت فضلة لرخص حدث فالفضلة للبائع؛ لأن القيمة له إن غرمت، ألا ترى أن المتعدي لو أعدم أو ذهب فلم يوجد كانت المصيبة من البائع، فلما كان عليه التوابع كان له النماء. والمشتري إذا أخذ مثل صبرته التي اشترى لم يظلم، وإن لم توجد بالقيمة إلا أقل كان ما

نقص كالاستحقاق، فإن كان كثيراً فللمشتري فسخ البيع، وإن كان يسيراً أسقط عنه حصته.

ابن أبي زمنين: والذي يدل عليه لفظ الكتاب أن البائع هو الذي تولى الشراء بالقيمة، وقيل: إن المتولي هو الأجنبي المتعدي، وحكى ابن بشير أنه على المشتري.

قوله: (لا المثل) أي: ليس عليهما غرم المثل؛ إذ الجراف مقوم لا خصوصية للطعام، بل كذلك كل جزاف بيع على المكيل.

وَلَا يَنْفَسَخُ عَلَى الْأَصَحِّ

ظاهر كلامه أن القولين في صورتين، أي: سواء كان التلف من المشتري أو الأجنبي؛ والخلاف إنما هو في الأجنبي، ففي «المدونة»: يفسخ كما تقدم، وقال أشهب: لا يفسخ.

وأما إن كان المشتري هو المتلف فقد يحمله على إتلافها قبل الكيل استغلاؤها فيستهلكها لتلزمه القيمة ويسقط عنه الثمن، فلا يمكن من الفسخ لذلك.

وَالضَّمَانُ فِي الْخِيَارِ مِنَ الْبَائِعِ فِيمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَمِنَ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ بِيَدِهِ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَيُصَدَّقُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ مَا لَمْ يَظْهَرَ كَذِبُهُ...

قد تقدمت هذه المسألة مع نظائرها؛ أي: سواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما، أو لأجنبي. هذا راجع إلى قوله: (وتلف المبيع البت بسماوي).

قوله: (وَيُصَدَّقُ الْمُشْتَرِي) أي: فيما لا يغاب عليه إذا ادعى هلاكه مع يمينه.

واختلف هل يحلف المستهم وغيره، أو المتهم فقط ما لم يظهر كذبه؛ كدعواه موت العبد والدابة في حاضرة وله جيران لا يعلمون ذلك؛ فإنه لا يصدق ولا يحلف؛ لأننا إنما نحلفه إذا لم يضمن.

إِلَّا أَنْ يَقْبُضَ الْمُشْتَرِي مَا يُغَابُ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ تَقُومَ لَهُ بَيِّنَةٌ

الاستثناء الأول منفصل؛ لأن ما تقدم فيما لا يغاب عليه، وهو مخالف لما يغاب عليه، ويحتمل الاتصال؛ لأن قوله: (وَيُصَدَّقُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ) عام أخرج منه ما يغاب عليه؛ أي: أن المشتري يصدق مع يمينه إلا في قبض ما يغاب عليه؛ فلا يصدق فيه مع يمينه، وهذا هو المشهور.

وقال ابن نافع: إذا كان الخيار للبائع فضمان المبيع منه مطلقاً.

وفي المازري: إذا كانت في يدي البائع فضمانها منه مطلقاً كان الخيار له أو للمشتري أو لهما معاً، وإن كانت بيد المتاع والخيار له؛ فإن المذهب: يضمن ما يغاب عليه إلا بينة.

ابن راشد: إن كانت في يده والخيار للبائع؛ فالمشهور أن المتاع ضامن.

وذهب ابن كنانة إلى أن الضمان هنا من البائع أشهر، ونقل اللخمي عنه أن الضمان من مشترط الخيار.

وأما الاستثناء الثاني وهو قوله: (إِلَّا أَنْ تَقُومَ لَهُ بَيِّنَةٌ) فمتصل بلا شك؛ أي: أنه لا يصدق إلا إذا قامت له بينة.

ابن عبد السلام: انظر هل يدخل خلاف أشهب المذكور الذي في الرهن والعارية وأنه لا يبرأ وإن قامت بينة؟

خليل: أشار اللخمي وابن راشد وغيرهما إلى تخريج قوله هنا.

فَإِذَا غَابَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ؛ ضَمِنَ الْأَكْثَرُ، إِلَّا أَنْ يَحْلِفَ فَيَضْمَنَ الثَّمَنَ، وَقَالَ أَشْهَبُ: الْأَكْثَرُ...

فإن غاب المشتري على ألا يغاب عليه والخيار للبائع، فقال ابن القاسم: يضمن المشتري الأكثر من الثمن والقيمة؛ لأنه إن كان الثمن أكثر مضى البيع، وإن كانت القيمة أكثر رد، إلا أن يحلف المشتري أنه لم يتلف المبيع ولقد هلك بغير سببه؛ فيلزمه الثمن. وقال أشهب: يضمن الأكثر مطلقاً، ولم يقبل اليمين وهو الأظهر.

وإن كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي ضَمِنَ الثَّمَنَ، وَقَالَ أَشْهَبُ: الْأَقْلُّ وَيَحْلِفُ.

أي: فإن كان الخيار للمشتري والمسألة بحالها، فقال ابن القاسم: يضمن المشتري الثمن؛ لأنه يعد راضياً بتعيب المبيع.

وقال أشهب: هذا إذا كان الثمن أقل، وإن كان أكثر ولم يحلف على ضياع المبيع فكذلك، وإن حلف على ضياعه وأنه لم يرض بالشراء فليس عليه إلا القيمة.

تنبيه : وقع في بعض النسخ: أو الأقل بإثبات أو وليست بجيدة؛ لأن الأقل هو الأقل من الثمن أو القيمة، وكيف يعطف الأقل على الثمن.

وَإِذَا غَابَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ وَالْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي ضَمِنَ الثَّمَنَ. وَقَالَ أَشْهَبُ: أَوْ الْأَقْلُ وَيُخْلَفُ...

أي: إذا لم يقبض المشتري المبيع وهو مما يغاب عليه، أو قبضه ورده للبائع والخيار للمشتري فادعى البائع تلفه؛ فإنه يضمن للمشتري الثمن ويصير كمن استهلك سلعة وقفت على ثمن.

وقال أشهب: إذا حلف البائع أنه لم يتلف المبيع فيضمن الأقل.

هكذا قال المصنف، وصوابه أن يقول، وقال أشهب: الأكثر، وهكذا قال اللخمي.

ابن راشد: هو فساد في الأصل ووجهه ظاهر؛ لأنه إذا كان الثمن أكثر فالبائع قد أتلف ما يقبله، وإن كانت القيمة أكثر فالبائع يتهم في إتلافها لاسترخاها.

وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَاضِحٌ.

أي: إذا صار بيد البائع والخيار له فغاية الأمر أنه تصرف فيه اختياراً، وذلك رد للبيع. فَلَوْ اشْتَرَى أَحَدٌ ثَوْبَيْنِ وَقَبَضَهُمَا لِيَخْتَارَ أَحَدَهُمَا وَالْخِيَارُ لَهُ: فَأَحَدُهُمَا مَبِيعٌ وَهُوَ فِي الْآخِرِ أَمِينٌ، وَقِيلَ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَأَلَ فِي إِقْبَاضِهِمَا، وَقَالَ أَشْهَبُ: لَيْسَ بِأَمِينٍ...

أي: إذا اشترى ثوباً من ثوبين وقبضهما ليختار واحداً منهما إن شاء، وإن شاء ردهما فليس له أن يتمسك إلا بواحد منهما، فيضمن أحدهما بالاتفاق؛ لأنه يبيع على خيار، واختلف في الآخر على ثلاثة أقوال؛ مذهب ابن القاسم وهو المشهور: أنه فيه أمين؛ لأنه مقبوض على أن يرد على صاحبه.

والثاني له أيضاً في «الموازية»: وإن لم يسأل في الإقباض فكالأول، وإن سأل البائع ضمنهما، واختار محمد الأول.

والثالث لأشهب في «الموازية»، وقال: ضامن لهما؛ لأن كل واحد منهما يمكن أن يكون مبيعاً.

فَإِنْ ادَّعَى ضَيَاعَهُمَا؛ فَعَلَى الْمُشْتَرِي ضَمَانٌ وَاحِدٌ بِالثَّمَنِ لَا غَيْرُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: يَضْمَنُهُمَا أَحَدُهُمَا بِالثَّمَنِ أَوْ الْأَقْلُ، وَالْآخَرُ بِالْقِيَمَةِ...

هذا تفريع الأقوال، وبدأ بالتفريع على الأول لأنه المشهور؛ أي: فعليه أن يضمن

واحدًا بالثمن كما تقدم، ولا ضمان عليه في الثاني لأمانته فيه.

وعلى قول أشهب يضمنهما أحدهما بالقيمة لكونه غير مبيع، ويضمن الآخر بالأقل من الثمن أو القيمة؛ لأنه إذا كان الخيار له قادر على أن يلزمه بالثمن أو يريده؛ فيضمنه بالقيمة بعد حلفه.

وقوله: (بِالثَّمَنِ أَوْ الْأَقْلِ) يريد بالثمن إن كان أقل، أو بالقيمة إن كانت أقل، ولو أسقط بالثمن واكتفى بالأقل لكان أحسن.

ولم يفرع المصنف على القول بالفرقة لوضوحه؛ لأنه إن سأل فكقول أشهب وإلا فكالمشهور.

وَإِذَا ادَّعَى ضِيَاعَ أَحَدِهِمَا؛ فَعَلَى الْمَشْهُورِ: يَضْمَنُ نَصْفَ ثَمَنِ التَّالِفِ، وَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ كُلَّ الْبَاقِي، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَخْتَارُ إِلَّا نَصْفَهُ، وَعَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ: إِنْ أَخَذَ الْبَاقِيَ أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ وَالتَّالِفِ بِالْقِيَمَةِ، وَإِنْ رَدَّهُ فَعَلَيْهِ لِلتَّالِفِ الْأَقْلُ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ الْقِيَمَةِ...

أي: فإذا كانت المسألة بحالها ولكن ادعى المشتري ضياع أحدهما لا جميعهما، فعلى المشهور: يكون الضياع نصفه مبيعًا ونصفه الآخر هو فيه أمين؛ فيلزمه نصف الثمن الضائع، واتفق ابن القاسم ومحمد على هذا، ثم اختلفا، فقال ابن القاسم: له أن يختار جميع الثوب الباقي لضرر الشركة.

وقال ابن المواز: ليس له أن يختار إلا نصف الباقي، إلا أن يرضى البائع.

قال: لأنه لم يبعه ثوبًا ونصفًا وإنما باعه ثوبًا واحدًا.

ونسب المصنف هذا القول لمحمد.

والذي في ابن يونس عن «الموازية»: أن السالم بينهما والعيب بينهما وعليه نصف ثمن كل منهما.

وعلى قول أشهب: إن أخذ الباقي كان عليه بالثمن، والتالف بالقيمة؛ لأن البيع لم يتم فيه، وإن رده فعليه التالف بالأقل من الثمن أو القيمة على ما تقدم فوق هذا.

وَلَوْ اشْتَرَاهُمَا وَالْخِيَارُ لَهُ فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا؛ فَكِلَاهُمَا مَبِيعٌ

أي: اشترى الثوبين معًا على أنه بالخيار فيهما بين أن يردهما أو يمسكهما معًا، أو اختار

أحدهما دون الآخر؛ فجميع الثوبين مبيع، فإن ادعى ضياعهما والخيار له فيهما فيلزمه ثمنهما عند ابن القاسم ويلزمه الأقل عند أشهب، وإن كان الخيار في أحدهما والثاني لازم وادعى ضياعهما معاً؛ لزمه قيمتهما عند ابن القاسم وثن أحدهما، والأقل في الآخر عن أشهب كما تقدم.

واقصرنا على هذا القدر في هذه المسألة قصدًا لحل كلام المصنف، وإلا فالمسألة في كتاب الأصحاب أوسع من هذا.

وإن جنى البائع والخيار له عمداً؛ فردَّ، وقال أشهب: كَالْخَطَأِ

يعني: من باع عبداً أو غيره على خيار فجنى عليه البائع عمداً ولم تتلفه الجناية، فقال ابن القاسم: ذلك رد للبيع كسائر الأفعال الدالة على الفسخ.

وقال أشهب: لا تكون جنايته عمداً دليلاً على الرد؛ لأن البائع إذا كان الخيار له قادر على الرد مع السلامة؛ فردّه المبيع بواسطة العيب لا يقدر من عاقل وهو الظاهر. وهذا المعنى هو الذي أراد المصنف بقوله: (كَالْخَطَأِ).

وإن تَلَفَتْ أَنْفَسَخَ

أي: تلفت السلعة بالجناية انفسخ العقد على القولين؛ لذهاب عين المعقود عليه.

وإن جنى البائع خطأ؛ فَلِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الْعَيْبِ

أي: ولو كانت المسألة بحالها إلا أن جناية البائع خطأ؛ فللبائع أن يمضي البيع بحكم خيار التروى؛ لأن جناية البائع خطأ لا يكون رداً للمبيع؛ لأن الخطأ مناف لقصد الفسخ، فإن أراد البائع إمضاء البيع كان للمشتري الخيار بعيب النقيصة؛ لأن ما حدث من العيوب في زمن الخيار كالعيب القديم.

وإن تَلَفَتْ أَنْفَسَخَ

هو ظاهر.

وإن جنى البائع والخيار للمشتري عمداً؛ فَلَهُ أَخْذُ الْجِنَايَةِ أَوْ الرَّدُّ

واعلم أن المصنف - رحمه الله - تكلم على صور هذه المسألة كلها؛ وهي ست عشرة مسألة؛ في جنابة البائع ثمان، وفي جنابة المشتري ثمان؛ لأنه إذا جنى البائع فإما أن يكون

خطأً، أو عمداً، والجناية إما متلفة، أم لا، فهذه أربع، وكل من الأربع تارة يكون الخيار للمشتري وتارة يكون للبائع، وكذلك الكلام في جناية المشتري.

ولما تكلم المصنف على الأربع الأول شرع فيما بعدها؛ أي: إن جنى البائع على المبيع بالخيار والخيار للمشتري وكانت الجناية عمداً ولم تتلف المبيع؛ فالمشتري مخير بين أن يختار الإمضاء ويأخذ أرش الجناية أو يرده؛ لأن الخيار بيده.

وقوله: (فَلَهُ أَخْذُ الْجَنَائَةِ) فيه حذف مضاف؛ أي: فله أخذ أرش الجناية، وهو أعم من أن يكون عيباً أم لا؛ ولكن فيها أرش مسمى كالموضحة والمنقلة فيأخذه وإن برئت على غير شين.

خليل: وفي هذه المسألة نظر، والقياس أن المشتري لا يكون له أخذ الأرش؛ لأن البائع إذا جنى على سلعته؛ إذ بيع الخيار منحل على المعروف، وأكثر هذه المسائل على الاستحسان، والله أعلم.

فَإِنْ تَلَفَ ضَمَنَ الْأَكْثَرُ

أي: وإن كانت الصورة بحالها؛ لأن جناية العمد إن أتلفت المبيع؛ فإن البائع يضمن للمشتري الأكثر من الثمن أو القيمة، فإن كان الثمن أكثر، فللمشتري الفسخ عن نفسه، وإن كانت القيمة أكثر؛ فمن حق المشتري أن يجيز البيع، فيدفع الثمن ويطالب البائع بقيمة المبيع؛ فيقاصان في الثمن ويأخذ الزائد.

وَإِنْ جَنَى خَطَأً فَلَهُ أَخْذُهُ نَاقِصاً أَوْ رَدُّهُ.

أي: وإن جنى البائع خطأً والخيار للمشتري ولم يتلف المبيع؛ فالمشتري مخير بين أن يأخذه معيباً ولا شيء له، أو يرده.

وَإِنْ تَلَفَ أَنْفَسَخَ

تصوره ظاهر.

وَإِنْ جَنَى الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لَهُ عَمْدًا، فَالْقَوْلَانِ فِي أَنَّهُ رِضًا

لما فرغ من صور البائع شرع في صور المشتري، و«أل» في القولين للعهد، أي: قولي

ابن القاسم في الصورة الأولى.

فَإِنْ تَلَفَ ضَمِنَ الثَّمَنُ

وفي بعض النسخ، وقال سحنون: القيمة، أي: فإن جنى المشتري والخيار له عمداً وتلفت السلعة بجنايته ضمن المشتري الثمن، وهو ظاهر قول ابن القاسم؛ لأن جناية العمد دالة على الرضا، وقول سحنون يجري على أنها لا تدل على الرضا، وسقط قوله في كثير من النسخ.

فَإِنْ جَنَى خَطَأً؛ فَلَهُ رَدُّهُ وَمَا نَقَصَ

أي: فإن جنى المشتري جناية خطأ ولم تتلفه والخيار له؛ فللمشتري رد ذلك المعيب بحكم الخيار؛ لكن بقيمة العيب، وله أن يتمسك به معيباً ولا شيء عليه؛ لأنه تبين له أنه جنى على ملكه، والقياس أن يغرم للبائع الأرش؛ لأنه في ضمانه.

وإِنْ تَلَفَتْ ضَمِنَ الثَّمَنُ كُلَّهُ، وَقَالَ سَحْنُونُ: الْقِيَمَةُ

أي: فإن تلفت السلعة بجناية المشتري خطأ والخيار له؛ ضمن الثمن كله، قاله ابن القاسم في «المدونة»^(١).

وقال سحنون: القيمة، فقليل: وفاق، ثم قيل: مراد ابن القاسم بالثمن القيمة.

المازري: وهو خلاف ظاهر اللفظ، وقيل: مراد ابن القاسم إذا ثبت أن المشتري اختار قبل أن يجني.

المازري: وهو تعسف.

وقال ابن محرز: خلاف، والقولان مبنيان على الخلاف فيمن استهلك سلعة وقفت على ثمن، فهل يضمن الثمن الذي وقفت عليه، أو القيمة؟ وأنكر اللخمي بناء الخلاف على هذا؛ لأن ذلك الخلاف إنما هو في سلعة كثر فيها العطاء، وتواطأ جماعة من الناس عليه حتى صار كالحاصل.

وأجاب المازري بأن أصله في تضمين الثمن المسمى كون المشتري يعد بإتلافه السلعة كالتلف لثمنها، فكان للبائع أن يلزمه إياه فيدخله الخلاف كالسلعة الموقوفة.

(١) «المدونة» (٣/ ٢١٦).

وإن جنى المشتري والخيار للبائع عمداً أو خطأ؛ فله أخذ الجناية أو الثمن، فإن تلفت ضمن الأكثر...

يعني: إذا كانت الجناية من المشتري على المبيع ولم يتلفه، وجمع بين العمد والخطأ لاتحادهما في الحكم، فللبائع أن يرد البيع ويأخذ أرش الجناية من المشتري، وله أن يمضي البيع ويأخذ منه الثمن.

وفي إمضائه البيع نظر؛ لأن الضمان منه فيكون للمشتري خيار العيب.

أما إن تلفت ضمن المشتري للبائع الأكثر من الثمن؛ إذ له أن يمضي البيع أو القيمة؛ إذ له أن يرده.

وإن جنى أجنبي فالأرش للبائع، وقيل: إن أمضى البيع فللمشتري

لما فرغ من جناية البائع والمشتري شرع في جناية الأجنبي، والمشهور أن الأرش للبائع، سواء كان الخيار له أو للمشتري أو لغيرهما؛ لأن المبيع على ملك بائعه.

وقال ابن حبيب: إن أمضى البيع فللمشتري الأرش، ولعله مبني على أن بيع الخيار منعقد.

وبيع المشتري قبل القبض جائز إلا في الطعام مطلقاً

يصح في المشتري كسر الرأ من إضافة المصدر إلى الفاعل ويكون المفعول محذوفاً؛ أي: ما اشتراه.

ويحتمل أن يفتح قوله: (مطلقاً) أي: ربويًا كان أو غيره؛ لما في «الموطأ» و«البخاري» و«مسلم» عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله»^(١).

وهل المنع من بيع الطعام قبل قبضه تعبد، أو معقول المعنى؟ قولان، وعلى الثاني فقول: إنما نهى عن ذلك لأن أهل العينة كانوا يتوصلون إلى الفساد ببيع الطعام قبل قبضه، فنهى عن ذلك سداً للذريعة للفساد.

وقيل: لأن للشرع غرضاً في ظهوره، فإننا لو جوزنا بيعه قبل قبضه لباعه أهل الأموال

بعضهم من بعض من غير ظهور، بخلاف ما إذا منعنا ذلك؛ فإنه حينئذ ينتفع به الكيال والحمال، ويظهر للفقراء وتتقوى نفوس الناس به، والله أعلم.

بشَرَطَ كَوْنُهُ مُعَاوَضَةً فِيمَا فِيهِ حَقٌّ تَوْفِيَةً مِنْ كَيْلٍ أَوْ شِبْهِهِ، بِخِلَافِ الْهَبَةِ، وَالْقَرْضِ، وَالصَّدَقَةِ، وَكَذَلِكَ الْجُزْأُفُ عَلَى الْأَصَحِّ.

هذا الشرط راجع إلى المستثنى، أي: بشرط كون الطعام وجب عن معاوضة وكونه فيه حق توفية، فاحترز بمعاوضة من القرض والهبة والصدقة؛ أي: فإنه يجوز بيعه في هذه الوجوه قبل قبضه.

قال بعض من تكلم على هذا الموضع: وفي اشتراطه المعاوضة نظر؛ لأن الاستثناء دل على منع بيع الطعام المشتري.

فإما أن يريد بالمعاوضة نفس الشراء أو أعم؛ فالأول يلزم منه اتحاد الشرط والمشروط، ويلزم عليه أيضاً جواز بيع الطعام إذا لم يكن من شراء، كما لو كان عن منافع، أو نكاح، أو خلع، أو صداق، أو مثلاً لمتلف، أو أرش جنائية؛ وذلك لا يجوز.

وإما أن يريد ما هو أعم فلا يصح؛ لأن الشرط مقيد لمشرطه فلا يكون أعم. وهذا إنما يأتي إذا كان كلام المصنف يشتمل على شرطين، أما إن جعل شرطاً واحداً مشتملاً على جزأين فلا.

تنبيه: جعل في «الواضحة» ما يأخذه القضاة والمؤذنون وصاحب السوق من الطعام من باب المعاوضة، فمنع من بيعه قبل قبضه.

وحكى ابن بشير فيما يأخذه المستحقون من بيت المال قولين: الجواز، والمنع بناءً على أنه عن فعل غير معين فأشبهه العطية، أو مستحق على أمر واجب فأشبهه المأخوذ في الإجارة.

وأجاز في «المدونة»^(١) بيع ما على المكاتب من الكتابة بعرض أو عين خاصة قبل الأجل، فلا يجوز بيع ذلك من الأجنبي حتى يقبضه.

ابن حبيب: إلا أن يكون يسيراً تافهاً، قاله مالك في «المدونة».

ولا يجوز أن يبيع من المكاتب نجماً قبل قبضه، وإنما يجوز أن يبيع جميع ما عليه ويعجل حرمة العتق، وقاله سحنون.

وقيل: يجوز وإن لم يتعجل العتق؛ لأن الكتابة ليست بدين ثابت.

واختلف الشيوخ على مذهب ابن القاسم على أن القولين يحمل.

ابن بشير: ولو ثبت الطعام في الذمة عن تعد أو غصب، ففي بيعه قبل قبضه قولان. واقتصر في «البيان»^(١) على منح البيع قبل القبض في أرزاق القضاة وولاة السوق والمؤذنين والكتاب والأعوان والجند الذين يرزقون من الأطعمة، أما إن كان الطعام رفقاً وصلة على غير عمل، أو إن شاء عمل وإن شاء لم يعمل؛ فيجوز البيع قبل القبض، قاله في «البيان».

قال: ويجوز بيع الأرزاق والعطايا السنة والستين إذا كان مأموناً، قال: ولا يجوز بيع أصل العطاء؛ لأنه يبطل مثونته، قال ذلك أشهب، وابن وهب، وجماعة من التابعين رضي الله عنهم.

واحترز المصنف بكونه مما فيه حق توفية من الجزاف؛ لأنه مقبوض بنفس العقد وليس فيه حق توفية.

وذكر المصنف في الجزاف قولاً بالمنع، وهو مروى عن مالك رواه الوقار.

فوجه الأصح ما في أبي داود من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما -: أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه^(٢).

ومفهومه يقتضي جواز الجزاف؛ لأنه لم يشتر بكيل، ووجه مقابله في مسلم عن ابن عمر - رضي الله عنه - أنه ﷺ قال: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه»، قال: وكنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه^(٣). ولعله أظهر؛ لأنه كالنص في الباب.

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٣٥٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠١٧) ومسلم (١٥٢٧) وأبو داود (٣٤٩٥) والنسائي (٤٥٩٥) وابن ماجه (٢٢٢٦) وأحمد (٣٩٦) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٦٩).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٢٧).

فرع:

وعلى المشهور في جواز بيع الجراف قبل القبض، فاختلف إذا كان ضمان الجراف من البائع؛ مثل: أن يشتري لبن غنم بأعيانها، فهل يجوز بيعه قبل قبضه نظراً إلى كونه جزأاً وهو قول أشهب، أو لا نظراً لكونه في ضمان البائع وهو قول ابن القاسم؟ ووقع للمالك في «العتيبة» فيمن اشترى نصف ثمرة بعدما بدا صلاحها؛ فقال: ليس له بيعها حتى يستوفيه.

ابن القاسم: ثم سألناه عنه، فقال: بيعه قبل استيفائه جائز. ولو باع أشجاراً واستثنى ثمرتها، فهل يمنع من بيع ما استثناه قبل قبضه، أو لا؟ للمالك قولان.

واختار ابن عبد الحكم والأبهري الجواز، ولا ضمان هنا على المشتري، وإنما الخلاف هنا مبني على الخلاف في المستثنى هل هو مشتري، أو مبيعي؟
فَمَنْ ابْتِاعَ طَعَامًا جَازَ لَهُ إِقْرَاضُهُ أَوْ وِفَاؤُهُ عَنْ قَرْضٍ، وَمَنْ اقْتَرَضَهُ جَازَ لَهُ بَيْعُهُ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ...

اعلم أن الممتنع من بيع الطعام ما توالى فيه بيعان لا يتخللهما قبض، فلذلك جاز لمن ابتاع طعاماً مكيلاً أن يقرضه أو يوفيه عن دين ترتب عليه، وكذلك جاز لمن اقترضه أن يبيعه قبل قبضه.

ابن عبد السلام: فإن قيل قوله: (وَمَنْ اقْتَرَضَهُ) تكرار لما قدمه المؤلف من قوله: (بخلاف القرض).

فالجواب: لا؛ لأن الأول محمول على من أقرض طعاماً فله أن يبيعه قبل قبضه، والثاني محمول على من اقترض - أي: تسلف - فله بيعه قبل قبضه من مسلفه.

وَلَيْسَ لِمَنْ صَارَ إِلَيْهِ مِنْهُمَا بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ

الضمير في (مِنْهُمَا) عائد على المقرض الذي دل عليه إقرضه وعلى المقرض الذي دل عليه وفاؤه؛ أي: من اقترض ممن ابتاع طعاماً ولم يكن المشتري قبضه من بائه؛ فلا يجوز له بيعه قبل القبض، وكذلك لا يجوز للمقرض البيع قبل القبض إذا أوفاه له المبتاع ولم يكن المبتاع قبضه؛ لأن المقرض في الصورة الأولى والمقرض القابض لدينه في الثانية كما

كان تنزلاً منزلة المشتري.

فكما لا يجوز للمشتري فيهما بيعه قبل القبض، فكذلك هما لأنهما حلا محله.

ويجوز لهذا المقترض أن يقرضه لآخر قبل قبضه كما كان ذلك للمشتري، ويمتنع المقترض من المقرض من بيعه قبل قبضه من بئعه؛ فهذا هو الحكم.

ولو كثر المسلفون والمستسلفون، وكذلك من أحاله المشتري على طعام البيع بسبب طعام كان عليه من سلف؛ فلا يجوز له أن يبيعه قبل قبضه.

قال في السلم في «البيان»^(١): من صار إليه الطعام بأي وجه كان؛ من هبة، أو صدقة، أو قرض، أو اقتضاء من قرض أو ميراث يحل محل المشتري الذي صار إليه الطعام؛ فلا يجوز له بيعه قبل استيفائه على معنى ما في «المدونة» وغيرها.

وحكى ابن حبيب في «الواضحة» عن مالك أنه خفف ذلك في الهبة والصدقة، قال: ولا اختلاف أن الوارث يحل محل موروثه في أنه لا يجوز له بيعه قبل قبضه، وكذلك من اقترضه أو اقتضاه من قرض كان له، قال: ويحتمل أن يدخل ذلك من الاختلاف ما دخل فيمن وهب له أو تصدق به عليه على ما حكاه ابن حبيب عن مالك.

وقيل: يُمنعُ في الربويَّاتِ خاصَّةً. وقيل: فيما فيه حقُّ توفيةٍ مطلقاً.

هذا راجع إلى صدر المسألة؛ يعني: أن المشهور منع بيع الطعام مطلقاً. وفي المذهب قولان آخران:

أحدهما رواه ابن وهب: جواز بيع الطعام غير الربوي قبل قبضه؛ لأن المتداول بينهم الربوي فيخص النهي عن بيع الطعام، لكن هذا إنما يجري على التخصيص بالعادة، والصحيح أنه لا يختص به كما تقرر في محله.

والقول بالمنع: في كل ما فيه حق توفية سواء كان طعاماً أم لا؛ لابن حبيب.

ولا يقبضُ بنفسه إلا من يتولى طرفي العقد كالأب في ولديه، والوصي في يتيمه فيهما تفسيران:

أولهما: لا يجوز لمن وكل على شراء طعام أو بيعه أن يبيعه من نفسه ولا أن يقبضه

لنفسه، ولو أذن له في ذلك الموكل؛ لأنه يقبض لنفسه من نفسه.

قال في «المدونة»^(١): وإن أعطاك بعد الأجل عيناً أو عرضاً، فقال لك: اشتر به طعاماً وكله ثم اقبض حقك لم يجز؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، إلا أن يكون رأس مالك ذهباً أو ورقاً فيجوز بمعنى الإقالة.

الثاني وهو الذي قاله ابن عبد السلام: أنه لو كان عنده طعام وديعة وشبهها فاشتره من ماله، فإنه لا يجوز له بيعه بالقبض السابق على الشراء؛ لأن القبض السابق لم يكن قبضاً تاماً بدليل أن رب الطعام لو أراد إزالته من يده ومنعه من التصرف لكان له ذلك، إلا أن يكون ذلك القبض قوياً كما في حق الوالد لولديه الصغيرين، فإنه إذا باع طعاماً لأحدهما من الآخر وتولى البيع والشراء عليهما كان له أن يبيع ذلك الطعام على من اشتراه قبل أن يقبضه قبضاً ثانياً، وكذلك الوصي في يتيمة.

وتبع المصنف في استثنائه من يتولى طرفي العقد ابن شاس ولم أره لأصحابنا، وفي النفس شيء من جواز هذه المسألة، ولا سيما والصحيح عند أهل المذهب أن النهي عن بيع الطعام قبل قبضه متعبد به.

وأرخص في الإقالة والتولية والشركة، وقيل: دون الشركة

وروى سحنون في «المدونة»^(٢) عن ابن القاسم عن سليمان بن القاسم عن ربيعة عن ابن المسيب أنه قال: من ابتاع طعاماً فلا يبعه قبل أن يستوفيه، إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة، ورواه أبو داود، وقال: هذا قول أهل المدينة؛ ولأن هذه الثلاث باب معروف فكانت كالقرض.

والإقالة: أن يقلل البائع المشتري أو العكس.

والتولية: أن يولي ما اشتراه لآخر.

والشركة: أن يشترك غيره في بعض المبيع.

والقول باستثناء الشركة رواه أبو الفرج عن مالك؛ لأن المعروف إنما يظهر في الجميع، ورأى في المشهور أنها تولية في البعض.

(١) «المدونة» (٣ / ١٣٩).

(٢) «المدونة» (٣ / ١٤٠).

فرع:

وهل أجرة الكيل في الإقالة والتولية والشركة على المقييل والمولي والمشارك كما أن العهدة عليه كالبيع، أو لا كالقرض بجامع المعروف؛ ولأنه لو هلك الطعام المشارك فيه قبل الكيل لكانت مصيبته منهما، وذلك يدل على أنه ليس على الذي أشركه أن يكيله.

ابن يونس: وهو أبين من الأول، والقولان للقرويين.

فَيَنْزِلُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي مَنْزِلَةَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ بِشَرَطِ اسْتِثْوَاءِ الْعَقْدَيْنِ فِي الْمِقْدَارِ وَالْأَجَلِ وَغَيْرِهِمَا سَلَمًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ...

الثاني: هو المقل والمولى والمشارك منزلة المشتري؛ وهو المقييل والمولي والمشارك.

قوله: (بِشَرَطِ اسْتِثْوَاءِ الْعَقْدَيْنِ فِي الْمِقْدَارِ) اعلم أنه إن كان رأس المال عيناً جازت الإقالة عليه وعلى مثله.

وإن كان عرضاً مقوماً جازت الإقالة عليه إذا لم يتعين بنفسه ولم تجز على مثله، وإن كان مثلياً، فهل تجوز الإقالة على مثله؟ المشهور: المنع خلافاً لأشهب.

وأما التولية والشركة فلا يمكن فيهما رد عين رأس المال، فإن كان رأس المال عرضاً منع، ويجوز إذا كان عيناً.

ابن يونس: وإن كان مكيلاً أو موزوناً فهو كالعين على قول أشهب، وأما ابن القاسم فإنه نص في «الموازية» على أنه لا يجوز التولية على مثله.

اللخمي: وأجازه في «المجموعة» وهو أحسن، وإن كان المثل مما يختلف الأغراض فيه كالنحاس.

قوله: (وَالْأَجَلِ) لا ينافي المساواة فيه إلا أن يكون العقد الثاني بإثر الأول، وإلا فالمعتبر بقية الأجل.

وقوله: (وَعَيْرِهِمَا) أي: من الصفة والكفيل والرهن.

وقوله: (سَلَمًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ) نبه به لثلاث يتوهم اختصاص التساوي في الأجل بالسلم.

وظاهر قوله: (نَزَلَ الثَّانِي مَنْزِلَةَ الْأَوَّلِ) أن عهدة المولي والمشارك على من كانت عهدة المشتري عليه.

ونقل المتيطي ذلك عن مالك، ونقل في «البيان»^(١) قولاً ثانياً: إذا كانت الشركة والتولية في حضرة البيع؛ أنها على الذي أشركه أو ولاه، إلا أن يشترط أنها على البائع الأول.

وذكر في جواز اشتراطها على البائع الأول بعد الافتراق أو الطول ثلاثة أقوال: المشهور: المنع، إلا برضاه فيكون من باب الحمالة.

والثاني: الجواز.

والثالث لأصبع: بجواز اشتراطها على البائع وإن افترقا ما لم يطل.

وكذلك نقل أيضاً فيمن اشترى شيئاً ثم باعه، هل يجوز له أن يشترط العهدة على البائع الأول طال أو لم يطل، أو لا يجوز فيهما، أو يجوز في الحضرة دون الطول؟ ثلاثة أقوال.

فَإِنْ لَمْ يَسْتَوِيَ فَبَيْعٌ كَغَيْرِهِ

أي: فإن لم يستو العقدان في جميع الشروط بطلت الرخصة ويصير بيعاً، إن قبض المشتري ما اشتراه فصحيح، وإن لم يقبض ففساد، ونبه على هذا لئلا يتوهم أنه إذا انتفت الإقالة والتولية والشركة المرخص فيها فيبطل العقد.

وَإِذَا أَقْلَتَ مِنَ السَّلَمِ تَعَجَّلَ الثَّمَنَ

يحتمل أيها المشتري أو أيها البائع عجل الثمن؛ أي: يجب تعجيل رأس المال لئلا يؤدي إلى فسخ دين في دين.

مالك: ولا يجوز له أن يفارقه ساعة ولا يفارقه حتى يقبض من الذي وليته أو أقلته، وكذلك الصرف.

للخمي: والمعروف من المذهب أن الإقالة أوسع من الصرف، وأنه تجوز المفارقة في الإقالة ليأتي بالثمن من البيت أو ما قارب ذلك، والتولية وبيع الدين أوسع من الإقالة؛ لأنه لا يجوز له تأخير الإقالة اليومين والثلاثة بشرط بغير خلاف. واختلف هل يجوز مثل ذلك في التولية وبيع الدين؟ انتهى.

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ١٤٠).

بخلاف تأخير رأس المال؛ فإنه يجوز تأخيره اليوم واليومين ولو بالشرط.
والفرق بينهما: أن اللازم في الأول فسخ دين في دين، وفي الثاني ابتداء الدين وهو أخف، فلذلك وسع فيه.

وما ذكره المصنف هو المشهور.

اللخمي: واختلف في الإقالة إذا وقع التراخي فيها بغير شرط على ثلاثة أقوال؛ منعه في «المدونة».

وقال مالك في «الموازية»: بل يتبعه بالدينار ولا يرجع في الطعام.

قليل له: إن المشتري يقول له: إن الإقالة لا تصلح إلا بمناجزة فأنا أرجع في طعامي، قال: ليس له ذلك.

وقال أشهب: إذا كانا من أهل العينة فسخت الإقالة، وإن لم يكونا كذلك ولا عملا عليها رأيت أن يلح عليه حتى يأخذ.

وهو تفسير لقول مالك: إن كانت تهمة فسخت الإقالة، وإن قام دليل على عدم التهمة كان هو موضع الخلاف المتقدم.

ابن محرز: وأضيق الأبواب الصرف، ثم الإقالة في الطعام، ثم التولية فيه، ثم الإقالة في العروض.

وفسخ الدين في الدين، ثم بيع الدين المستقر في الذمة.

وعند ابن المواز: في بيع الدين أنه لا بأس أن يؤخر ثمنه اليوم واليومين كرأس مال السلم، ثم تأخير رأس مال السلم.

باب المراجعة

المُرَابَحَةُ: وَالْبَيْعُ مُرَابَحَةٌ جَائِزٌ

معناه أن يخير البائع المشتري بما اشترى السلعة به ثم يزيده شيئاً، وهو يحتاج إلى صدق مبین وإلا أكل الحرام فيه بسرعة؛ لكثرة شروطه ونزوع النفس فيه إلى الكذب.

ولهذا قال ابن عبد السلام : كان بعض من لقيناه يكره للعمامة الإكثار من بيع المربحة؛ لكثرة ما يحتاج إليه البائع من البيان.

فَلَوْ قَالَ: بِرَبْحِ الْعَشْرَةِ أَحَدَ عَشَرَ؛ فزِيَادَةُ عَشْرِ الْأَصْلِ

مدلولها عرفاً ما ذكره المصنف ؛ وإلا فمدلولها لغة : أن يربح لكل عشرة أحد عشر.

قوله : (بِرَبْحِ الْعَشْرَةِ) يحتمل أن يقرأ بالإضافة، ويحتمل أن ينون ويرفع العشرة على أنه مبتدأ وخبره أحد عشر.

والجملة مفسرة لقوله : (بِرَبْحِ) فذكر هنا ألفاظاً اصطلاح عليها التجار على كيفية بيع المربحة.

وَبُوضِيعَةِ الْعَشْرَةِ أَحَدَ عَشَرَ فَيَنْقُصُ جُزْءٌ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ مِنَ الْأَصْلِ عَلَى الْأَصَحِّ

أي: بتصوير الأحد عشر عشرة؛ أي: بخسران درهم في كل عشرة.

وهذا مما يبين لك عدم صحة هذا الكلام على مدلوله اللغوي؛ لأن إسقاط أحد عشر من عشرة غير معقول.

والأصح أنه يقسم الثمن الذي اشترى به المشتري على أحد عشر جزءاً؛ كمائة وعشرة مثلاً فينقص عنه جزء من أحد عشر، وهي العشرة الزائدة على المائة، ومقابله: يقسم على عشرة أحد عشر جزءاً ويحط جزءاً.

وتبع المصنف في هذين القولين ابن شاس، وعبر عنهما ابن بشير بطريقتين، وفي كلامه نظر، ولا ينبغي أن يعد هذا خلافاً؛ لأنه راجع إلى الأول بعد طول ولا فرق بينهما في المعنى.

وإنما قلنا: إن مقابل الأصح ما ذكرناه؛ لأن بناء كتابه في الغالب على متابعة ابن شاس وابن بشير، ولم يذكر غير ما ذكرناه.

وقد ذكر ابن محرز قولاً يمكن أن يكون مقابل الأصح، ونصه: فقال عن ابن اللباد، قال لي أحمد بن داود: وإذا باع بوضيعة العشرة خمسة، فإنه ينظر كم خمسة من خمسة عشر؛ فيأخذ الثلث فيوضع عنه من رأس المال ثلثه، وكذلك للعشرة عشرة تضاف العشرة إلى عشرة، ثم يقال: كم هي منها، وللعشرة أحد عشر، فيقال: كم أحد عشر من أحد

وعشرين .

لكن قوله بعد هذا: (أو العشرة عشرون باتفاق) يرد هذا؛ لأننا إذا ضممتنا عشرين إلى عشرة فنسبة العشرين من المجموع ثلثاها؛ فيحط عنه من كل عشرة ثلثاها، وتصور كلامه ظاهر .

فَمَا لَهُ عَيْنٌ قَائِمَةٌ مِنْ أَجْرَةِ طِرْزٍ وَصِبْغٍ وَقِصَارَةٍ وَخِيَاطَةٍ بِحَسَبِ ثَمَنِهِ وَرَبْحِهِ
أَلْحَقَ فِي «المدونة» بهذه الأربعة الكمَدَ، وزاد صاحب «النكت»^(١) وصاحب «المقدمات»^(٢) الفتل، وزاد المتيطي التطرية .

وَمَا يَزِيدُ فِي الثَّمَنِ مِنْ حُمُولَةٍ وَإِنْفَاقٍ يُحَسَّبُ ثَمَنُهُ لَا رِبْحُهُ
قوله: (مِنْ حُمُولَةٍ) قيده اللخمي بأن يكون في البلد المنقول إليه أغلى، وأما إن كان سعرهما سواء فلا يحسه، ولو كان أرخص لم يبع حتى يبين، وإن أسقط الكراء .
واستحسن المازري كلامه إذا حمل البائع المتباع إلى ذلك البلد وهو عالم أنه لا يربح فيه .

قوله: (وَإِنْفَاقٍ) أي: على الرقيق ونحوه .
وقيده اللخمي ألا تكون له غلة؛ فإن كانت أقل حسب ما بقي، وإن كانت أكثر فله ولا يحسب .

المازري: وإن أنفق على سقي النخل وعلاجه أو العقار؛ فإن ساوت الغلة الإنفاق أو زادت فله البيع مرابحة، وإن قصرت الغلة عن النفقة التي بها حيي النخل حسب ما فضل من النفقة عن الغلة، فلا يربح كالنفقة على الرقيق، ولا يؤثر في بيع المرابحة ما اغتله من لبن احتلبه .

فإن قلت: لا إشكال أن البائع لو بين الحمولة ونحوها واشترط على ذلك الربح أنه جائز، وإن لم يبين فهو غير جائز، فما صورة هذه المسألة؟

قيل: مفروضة فيما إذا قال البائع: هي علي بكذا رأس؛ مالها بكذا وصبغها بكذا وحمولتها بكذا، وباع بربح العشرة أحد عشر، فإنه حيثئذ يحسب الربح كما ذكرنا أن له

(١) «النكت والفروق» (٢/ ٤٥) .

(٢) «المقدمات» (٢/ ١٢٦) .

الربح ولا يحسب الحمولة ونحوها.

المازري: ويستعمل في ربح بيع المرابحة أحد أربعة ألفاظ: إما أن يقول: اشتريتها بمائة والربح كذا، أو أربح في كل عشرة كذا، أو يقول: رأس مالي فيها كذا، أو يقول: قامت عليّ بكذا وهي بكذا.

فإن كان أنفق فيها نفقة مما يحسب له فإنه يسقط من هذه العبارتان الأوليان؛ وهما: اشتريتها بكذا، أو رأس مالي فيها كذا؛ لأن هاتين العبارتين عبارة عما دفع فيها للبائع، لكنه يقول: هي عليّ بكذا، أو قامت عليّ بكذا.

وأما إن كان تولى عملها بنفسه - كالصبغ وغيره - فإنه لا يجوز له أن يعين عن ذلك شيئاً من هذه العبارات؛ لأنه لم يخرج ثمن ذلك، وغاية ذلك أن يقوم عمله، والبيع على التقويم لا يجوز، والله أعلم.

وإِلَّا لَمْ يُحَسَّبْ فِيهَا كَالطَّيِّ، وَالشَّدِّ، وَكَرَاءِ الْبَيْتِ

أي: وإن لم يكن مما له عين قائمة، ولا مما له تأثير في الثمن لم يحسب فيهما؛ أي: لا في الثمن ولا ربحه.

وقوله: (كَالطَّيِّ، وَالشَّدِّ) هذا مقيد بما إذا لم يعلم المشتري أنه يحتاج في ذلك إلى نفقة، وأما إن علم أنه يحتاج إلى النفقة يحسب ثمنها كالحمل.

وقيد التونسي والبايجي^(١) وابن رشد كراء البيت بما إذا أكراه لنفسه فيكون المتاع تبعاً، وأما إن أكراه للمتاع خاصة فيحسب ثمنه بغير ربح، وكذلك نص عليه محمد.

وَمَا أَخَذَهُ السَّمْسَارُ فَكَالْثَّمَنِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَقِيلَ: مِنَ الثَّانِي، وَقِيلَ: مِنَ الثَّلَاثِ

المراد بالسَّمْسَار هو الجلاس، لا الذي يتولى الشراء للمشتري كما تفعله سماسرة الإسكندرية، وليس مرادهم متولي البيع فإن أجرة هذا على البائع، وهي من الثمن بلا شك فيه.

وقوله: (فَكَالْثَّمَنِ) أي: يحسب، ويحسب ربحه، وهذا قول عبد الوهاب واختاره ابن محرز؛ لأنه مما لا يحصل ملك المشتري إلا به فيكون كالثمن.

(١) «المنتقى» (٦ / ٤٠٩).

والقول الثاني لأبي محمد^(١) وابن رشد^(٢)؛ لأنه ليست له عين قائمة.

والقول الثالث هو مذهب «المدونة» و«الموطأ»، ووجهه: أنه ليس له عين قائمة ولا يزيد في الثمن وكثير من الناس يتولى الشراء بنفسه، ولهذا قال محمد: إلا أن يكون المبتاع مما جرت العادة أنه لا يشتري مثله إلا بواسطة سمسار؛ فيحسب حينئذ أجرته في الثمن دون الربح.

وَلَا بُدَّ مِنْ عِلْمِ الْمُشْتَرِي بِجَمِيعِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ

هذا خاص بالقسمين الأولين، وأما الثالث فهو غير محسوب فلا حاجة إلى بيانه، وما ذكره المصنف هو مذهب سحنون، وقيل: وهو قياس قول ابن القاسم.

سحنون: وإن لم يبين فيرد السلعة إن كانت قائمة إلا أن يرضى المشتري أخذها بذلك، فإن فاتت مضت بذلك ولم ترد إلى القيمة.

وقال محمد وابن حبيب: لا يلزمه البيان.

واختاره التونسي قياساً على ما إذا اشترى سلعتين وباعهما مرابحة.

عياض: وظاهر «الموطأ» كقول سحنون.

وقال اللخمي: يختلف إذا باع ولم يبين، وأصل ابن القاسم أنها مسألة غش فلا يلزم المشتري وإن حط ذلك القدر.

وعلى مذهب سحنون هي مسألة كذب فإن حط ذلك القدر لزمه.

وفي «المقدمات»^(٣): إذا قال: قامت علي بكذا، أو أبيعها بربح العشرة أحد عشر، ولم يبين هذه الأشياء، فالعقد فاسد؛ لأن المشتري لا يدري كم رأس المال وكم أضيف إليه.

وقال في «الموازية»: أنه يعمل في ذلك على ما ذكرناه مما يحسب ويحسب ربحه، وما لا يحسب ولا يحسب ربحه.

(١) «النوادر والزيادات» (٦/ ٣٤٦).

(٢) «المقدمات» (٢/ ١٢٦).

(٣) «المقدمات» (٢/ ١٢٧).

وهو ظاهر قول سحنون في «العتية»^(١) في «نوازل» وهو بعيد، والصواب ما قدمناه.
ونص ابن بشير على أن العقد لا يفسد بعدم التبيين.

فرع:

قال في «المدونة»^(٢): وإن ضرب الريح على الحمولة ولم يبين ذلك، وقد فات المبتاع بتغير سوق أو بدن، حسب ذلك في الثمن ولم يحسب له ربح، وإن لم تفت رد البيع إلا أن يتراضيا على نحو ما يجوز، وقوله: «إلا أن يتراضيا» جعل ذلك كاستئناف بيع.

واختلف الشيوخ بعد الفوات: هل هي مسألة غش أو كذب؟ فقليل: إنها مسألة غش؛ لأنه لم يكذب فيما ذكر من ثمنه ولكنه أبهم فيسقط عنه ما يجب إسقاطه، ورأس المال ما بقي فات أو لم يفت، ولا ينظر إلى القيمة.

وهو تأويل أبي عمران على الكتاب، وإليه نحا التونسي والباجي وابن محرز وأنكره ابن لبابة.

وقيل: هو من باب الكذب؛ لزيادته في الثمن ما لا يحسب فيه وحمله الريح على ما لا يحسب حمله عليه، فيقال للبائع: أسقط ما يجب إسقاطه من نفقة وربح؛ فإن فعل لزم المشتري ما بقي وربحه، وإن أبى فسخ إلا أن يحب المشتري التماسك، فإن فاتت فهي كالكذب.

وإن لم يضع البائع ما ذكرنا لزم المبتاع بالقيمة ما لم تكن أكثر من جميع الثمن بغير طرح شيء فلا يزداد له، أو يكون أقل من الثمن الصحيح بعد طرح كل ما يجب طرحه فلا ينقص، وهو قول سحنون في كتاب ابنه وقول ابن عبدوس، وفسر به بعضهم مذهب الكتاب، قالوا: وإنما لم يذكر في الكتاب القيمة؛ لأن ذلك عنده أقل مما بقي بعد الطرح، وإليه مال أبو عمران وعبد الحق وابن لبابة.

وَيَجِبُ ذِكْرُ مَا لَوْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي بِهِ قَلَّتْ رَغْبَتُهُ

هذا لا يختص ببيع المرابحة، وإنما يختص ببيع المرابحة بذكر الثمن وحاله من تعجيل وتأجيل، وما أشبه ذلك.

(١) «البيان والتحصيل» (٨ / ٣٨٥).

(٢) «المدونة» (٣ / ٢٣٨).

فِيذْكُرِ التَّاجِيلُ

أي: يجب في المراجعة عليه أنه إذا اشترى إلى أجل أن يبين ذلك للمشتري؛ لأن الأجل له حصة من الثمن، ويختلف الثمن أيضاً بقرب الأجل وبعده، فإن لم يبين وباعها بالنقد فقال في «المدونة»^(١): البيع مردود، فقيل: أراد إذا اختار المشتري الرد.

وقيل: يفسخ وإن رضي المشتري بالنقد.

واستبعد لأنه حق لمخلوق.

وَفِي طُولِ الزَّمَانِ قَوْلَانِ

أي: هل يجب بيانه أو لا؟ ومذهب «المدونة» وغيرها التبيين، قال فيها: إلا أن يطول الزمان أو تحول الأسواق فليبين ذلك، هذا نص «التهذيب»^(٢) وفي «العتبية»^(٣) نحوه.

والذي في أصل «المدونة»^(٤): أحب إلي أن يبين، وعلل ذلك في «المدونة» بأن الناس أرغب في الطري من القديم، والقول بعدم البيان للخمى، قال: وهذا إذا لم يكن بان عليه، وأما إذا بان فإنه يبين.

وَمَا نَقَدَهُ عَنِ الثَّمَنِ: النَّقْدُ إِنْ كَانَ عَيْنًا وَجَبَ، وَفِي ذِكْرِ الْأَوَّلِ قَوْلَانِ، فَإِنْ كَانَ عَرْضًا فَفِي ذِكْرِ الثَّانِي قَوْلَانِ، فَإِنْ كَانَ طَعَامًا فَقَوْلَانِ كَالأَوَّلِ وَكَالثَّانِي...

حاصله أنه إذا اشترى بنقد - أي: ذهب أو فضة - ثم نقد غير ما عقد عليه، فإذا باع مرابحة فله ثلاثة أقسام:

الأول: أن يشتريها بذهب وينقد عنه فضة أو بالعكس، فإذا باع مرابحة على ما عقد وجب عليه بيان ما نقد، قاله اللخمى وغيره، ونص عليه في «الواضحة».

المازري: وحكى ابن المواز عن أشهب جواز ذلك إذا لم يزد على صرف الناس.

وإن باع مرابحة على ما نقد ففي ذكر الثمن الذي عقد عليه قولان، والقول بوجوب التبيين في «الواضحة»، وهو ظاهر «المدونة».

(١) «المدونة» (٣/ ٢٤١).

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/ ٢٠٣).

(٣) «البيان والتحصيل» (٨/ ٣٧٢).

(٤) «المدونة» (٣/ ٢٤١).

المازري: وهو ظاهر المذهب.

والقول بعدم الوجوب لمالك في «الموازية».

والقولان خلاف في حال هل هو مما تكرهه النفوس أم لا؟

القسم الثاني: أن ينقد عن العين التي اشتراها عرضاً مقوماً. اللخمي: ولا يبيع على ما نقد حتى يبين، وإن باع على ما عقد فمذهب «المدونة» أنه يبين ما نقده من العرض؛ لأن ما عقد عليه لم يستقر ثمنًا.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر المذهب.

وقال ابن المواز: يجوز وإن لم يبين.

القسم الثالث: أن ينقد عن العين طعاماً - يريد: أو مثلياً - وخصمه بالذكر إما على طريق التمثيل، وإما لأنه الواقع في «المدونة».

اللخمي وعياض وغيرهما: وظاهر «المدونة» وجوب التبيين.

وفي «الموازية»: يجوز له أن يبيع على ما نقد وإن لم يبين في الدنانير والدراهم والمكيل والموزون وسائر العروض، وتأويل فضل «المدونة» عليه. وعلى هذا فقوله: كالأول هو مذهب «المدونة» كما تقدم.

وقوله: (وكالثاني) هو مذهب «الموازية»، ولا يمكن أن يريد بقوله: (كالأول) أنه يجب ذكر الطعام، ويختلف في ذكر العين، وبقوله: (كالثاني) بيان للعين الذي وقع عليه. ويختلف في بيان العرض، وإن كان ابن عبد السلام قال ذلك؛ لأن الحمل على ذلك يستلزم الطرق لا الأقوال، على أن النقل لا يساعده.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ عَرْضًا غَيْرَ مِثْلِيٍّ فَفِي جَوَازِ الْبَيْعِ مُرَابَحَةٌ قَوْلَانِ، بِخِلَافِ الْمِثْلِيِّ

أي: فلو اشترى سلعة بعرض غير مثلي فهل يجوز بيعها مرابحة؟ أجازاه ابن القاسم ومنعه أشهب وسحنون؛ لأنه بيع ما ليس عندك؛ أي: لأن المشتري دخل على الحلول وكان كالسلم الحال.

وحمل اللخمي قول ابن القاسم على ظاهره، وتأول النهي عن بيع ما ليس عندك على بيع معين في ملك غيره.

والى هذا أشار ابن يونس؛ لأنه قال: ليس هذا من باب بيع ما ليس عندك؛ لأنه لم يقصد ذلك، بدليل اتفاقهم في الشقص المبيع بشيء مما يكال أو يوزن أن للشفيع أن يأخذه بمثل ذلك وإن لم يكن عنده، والأخذ بالشفعة كييع ثان. انتهى.

ورده عياض بأن الشفعة لا يقدر فيها إلا على ذلك، بخلاف هنا فإنهما قادران على البيع مساومة.

واستقرأ بعضهم من قول ابن القاسم في هذه المسألة جواز السلم الحال، وحمل القاضي قول ابن القاسم على أن العرض حاضر عند المشتري، فيتفق القولان على جواز بيعه مرابحة؛ لأن ذوات الأمثال توجد غالباً.

ونحوه لابن بشير، وهو وهم؛ لأن أشهب نص في «المدونة»^(١) على المنع في الجميع، بل لو لم ينص عليه لكان لازماً له؛ لأن السلم الحال ممتنع فيهما. وقاله ابن راشد وابن عبد السلام.

وَلَوْ أَتَمَّ بَعْضُ الْمَبِيعِ بِالشَّرَاءِ مِنْ شَرِيكِهِ فَالرَّوَايَةُ كَالْأَجْنَبِيِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ

يعني: إذا اشترى جزءاً من سلعة ثم أتم بقيتها من شريكه بالشراء فإن له بيع الجميع مرابحة من غير بيان.

كما أن للأجنبي إذا اشترى الجزء الباقي أن يبيع هو والمشتري الأول جميع السلعة من غير بيان.

وأشار بالنظر إلى الفرق بينهما؛ لأن من اشترى بقيتها قد يزيد فيه ليكمل له الملك والمشتري يكرهه.

فينبغي أن يقال بوجوب التبيين، بخلاف الأجنبي فإنه قد دخل ابتداء على الشركة، وذلك مما ينقص الثمن، وهذا لا يكرهه المشتري في بيع المرابحة.

وقد أشار ابن بشير إلى هذا النظر، وقيد للخي الجواز بأن الزيادة لصلاحية السلعة كذلك؛ أو بغلاء السوق.

وأما إن كانت لدفع ضرر الشركة فيجب البيان.

(١) «المدونة» (٣/ ٢٤٥).

وَلَوْ كَانَ مُتَعَدِّدًا مُخْتَلِفَ الصِّفَاتِ فَقَوَّمَهُ وَجَبَ بَيَانُهُ

كما لو اشترى ثياباً أو غيرها في صفقة واحدة، ثم جعل لكل سلعة من الثمن قسطاً، فلا يجوز أن يبيع إحدهما على ذلك إلا بعد التبيين؛ لأنه قد يخطئ في التوصيف وقد لا يخطئ، ولكن زاد لرغبته في الجملة أو في سلعة منها.

وَإِنْ كَانَ مُتَّفَقَ الصِّفَاتِ كَثَوْبَيْنِ مَثَلًا فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ عَنْ سَلَمٍ جَازَ

أي: وإن اشترى متعدداً متفق الصفات كثوبين متفقين، وحذف الصفة للعلم بها، وقوله: (مثلاً) حشو؛ لأن الكاف يفيد، والجواز لابن نافع؛ لأن اتفاق الصفات يبعد معه الخطأ في التقويم. والمنع لسحنون؛ لأنه قد يرغب في الجملة والتفصيل، وهو مذهب «المدونة».

(إِنْ كَانَا عَنْ سَلَمٍ جَازَ) وإن كانا معينين لم يجز؛ لأنه قد يقصد أحدهما بخلاف السلم؛ لأنه إنما انعقد على الصفة، والفرق أنها مستوية، وقيد فيها الجواز في السلم ألا يكون تجاوز عنه في الصفة؛ أي: أخذ أدنى مما في الذمة.

وقيد اللخمي أيضاً ألا يكون أحدهما أجود مما وصف؛ فإن كان أجود وصف الزائد عليه وعلى ثوب المراجعة؛ لأن الزيادة كهبة لأجل البيع فيجب توصيفها.

واختلف إذا وجبت عليه البيان ولم يبين: هل هي مسألة غش أو مسألة كذب؟

وَأَمَّا فِي الْمِثْلِيِّ فَجَازٌ

أي: وأما لو باع ما اشتراه من المثلي مرابحة فله ألا يبين، وهكذا نص عليه في «المدونة».

وتعقبه المتأخرون بأن شراء الجملة يرغب فيه، فيكون ثمن بعضه منفرداً أقل منه بانضمامه إلى الجملة، ولا سيما على ما تقدم أن استحقاق الثلث مقتض لرد جميعه.

وَلَوْ أَقَالَ مُشْتَرِيَهُ مِنْهُ وَجَبَ بَيَانُهُ

أي: ولو أقال المشتري من البيع فلا يجوز له أن يبيعه حتى يبين؛ لأن ذلك مما تكرهه النفوس.

وقوله: (أَقَالَ) أي: على مثل الثمن الأول؛ لقوله بعد هذا: (فإن كان بزيادة...

إلخ).

والظاهر أن وجوب التبيين عام على قول من يرى أن الإقالة حل بيع أو ابتداء بيع؛ لما ذكرناه من كراهة النفوس.

فائدة :

الإقالة عندنا بيع من البيوع إلا في ثلاث مسائل: الإقالة في المباحة، والإقالة في الطعام، والإقالة في الشفعة.

فَلَوْ كَانَتْ بَزِيَادَةٍ أَوْ نَقْصٍ فَالْمَشْهُورُ الْجَوَازُ.

أي: وإن كان التقايل على زيادة أو نقص فالمشهور - وهو مذهب «المدونة» - جواز بيعه على الثمن الذي تقايله من غير بيان؛ لأن الخلاف في الإقالة: هل هل هي حل بيع أو ابتداء بيع؟ إنما هو إذا كانت على مثل الثمن الأول، وأما إن كانت بأزيد أو بنقص فهو بيع حقيقة.

والشاذ لابن حبيب بالمنع ولو استقال بنقص، واستشكل قوله: مع النقص؛ لأنه خير للمشتري.

وتأول اللخمي قوله بما يمنع هذا الإشكال، فقال: إنه يمنع إذا استقال بنقص بشرط أن يكون الثمن الذي استردها به أكثر مما اشتراها به أو المثل، مثل أن يكون اشتراها أولاً بعشرة، ثم باعها بخمسة عشر، ثم أقال على اثني عشر، فيتهم على أن البيع صورة؛ ليتوصل إلى بيعها باثني عشر.

والأكثر على أن قول ابن حبيب خلاف.

وذهب فضل إلى أن المذهب قول ابن حبيب، وتأول مذهب «المدونة» على أنه اشتراها من غير من باعها منه.

فَلَوْ كَانَ شِرَاءً ثَانِيًا مِنْهُ فَقِي جَعَلَهُ كَالِإِقَالَةِ قَوْلَانِ

المحققون من الشيوخ يرون أن لا فرق بين هذه والتي من قبلها في المعنى؛ لأن شراءه ثانياً إن كان بمثل الثمن فهو إقالة، وإن كان بأقل أو بأكثر فالمشهور الجواز.

وإنما اختلفا في اللفظ فقط؛ ففي الأولى رجعت بلفظ الإقالة، والثانية بلفظ الشراء،

والمعول عليه المعنى دون اللفظ .

وَلَوْ بَاعَا مُرَابَحَةً - وَالثَّمَنُ مُخْتَلَفٌ - فَفِي قَسْمِ الثَّمَنِ وَالرَّيْحِ قَوْلَانِ، أَحَدُهُمَا :
كَالْإِنْفِرَادِ، وَالثَّانِي: كَالْمُسَاوَمَةِ...

أي: ولو اشترى رجلان سلعة في عقدين بثمانين مختلفين، كما لو اشترى أحدهما نصفها بمائة والآخر نصفها بخمسين، ثم باعها معاً صفقة واحدة بربح مائة، فاختلف المذهب في كيفية قسمهما الثمن والربح:

فقال ابن القاسم وهو المشهور: يقسمان ذلك أثلاثاً بينهما، وإليه أشار بقوله:
(كَالْإِنْفِرَادِ) أي: كما لو باع كل واحد منهما نصفه منفرداً.

وقال أشهب: يقسم الثمن والربح نصفين، كما لو باعاً مساومة بمائتين وخمسين؛ لأن المشتري دخل على ذلك.

ابن عبد السلام: وكذلك يرجع عليهما في العيب والاستحقاق.

ومناً الخلاف: هل ينظر إلى الأثمان أو الحصص؟

وَلَوْ بَاعَا بَوْضِيعَةً فَالْمَشْهُورُ كَالْإِنْفِرَادِ

ومناً الخلاف المشهور كالمشهور، والشاذ أجراه الأشياخ على قول أشهب.

وَلَا يَجِبُ بَيَانُ غَلَّةِ الرَّبْعِ وَالْحَيَوَانِ

خص الربيع والحیوان؛ لأنهما لا يتغيران بالاستعمال، بخلاف الثياب وشبهها.

والربيع يشمل الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، وهو مقيد بالأ تكون ثمرة الشجرة مأبورة يوم العقد فيجب عليه بيانه، وكذلك الصوف.

قال في «المدونة»^(١): لأنه إن كان يوم البيع تاماً فقد صار له حصة من الثمن، وإن لم يكن تاماً فلم يثبت إلا بعد مدة يتغير فيها.

وأما الأولاد ليست غلة فلا تندرج في كلامه.

قال في «المدونة»^(٢): وإن توالدت الغنم لم تبع مرابحة حتى يبين وإن باعها بأولادها.

(١) «المدونة» (٣/ ٢٤٠).

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٤٠).

إِذَا كَذَبَ فِي الثَّمَنِ - وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةٌ - فَلَهُ رَدُّهَا إِلَّا أَنْ يَحْطَّ الْكَذِبَ وَرَبِّحَهُ، وَقِيلَ: وَلَوْ حُطَّ لَخُبِثَ مَكْسَبُهُ...

كما لو اشتراها بعشرة وقال : باثني عشر، وسواء كذب عمداً أو خطأ، قاله ابن حبيب وهو صريح الكذب.

والحق به سحنون تقدير الكذب وهو ما له تأثير في زيادة الثمن؛ مثل أن يشتري بثمان مؤجل فيبيع نقداً، أو يشتري ثوبين صفقة فيبيع أحدهما بما ينوبه، وهو خلاف مذهب ابن القاسم، قاله ابن رشد.

قوله: (فَلَهُ رَدُّهَا) لا شك أن له أن يتمسك بها وله أن يردّها، إلا أن يسقط البائع الكذب وربحه فلا مقال للمشتري حينئذٍ، لأن الخيار كان له بسبب الزيادة وقد سقطت، هذا هو المشهور.

وقال عبد الملك: للمشتري الخيار ولو أسقط البائع؛ لأن البائع قد تبين خبث مكسبه. وأشار المازري واللمخي إلى أنه وفاق، وحملوا قول مالك على أن المشتري قام بالكذب وحده، ولو قام بخبث المكسب لكان ذلك له، كقول عبد الملك.

ابن عبد السلام: وفيه نظر؛ لأنه لو كان هذا يدل على خبث المكسب للزم أن يكون الخيار لمن اشترى منه غيرها مساومة.

ونقل ابن بشير عن المتأخرين أنه إن ظهر على كذب البائع من غير أن ينفصل منه فللمشتري الخيار لخبث المكسب؛ أي: لحرام المكسب، وإن أتى البائع منفصلاً من كذبه نادماً على ما صدر منه فكالمشهور.

فَإِنْ فَاتَتْ فَالْبَائِعُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذِ الصَّحِيحِ وَرَبِّحِهِ أَوْ قِيَمَتِهَا مَا لَمْ تَزِدْ عَلَى الْكَذِبِ وَرَبِّحِهِ، وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ الصَّحِيحُ وَرَبِّحُهُ...

أي: فإن فاتت السلعة المكذوب في ثمنها فالمشهور يخير البائع بين أن يأخذ الصحيح وربحه، وبين أن يرجع إلى القيمة بشرط ألا تزيد على الكذب وربحه؛ لأنه قد رضي بالكذب وربحه فلا يزداد عليه، يريد: ما لم ينقص عن الثمن الصحيح وربحه.

المازري: وهذا على المشهور، وأما على قول عبد الملك فإن الواجب فيها مع الفوات تفصيل منه: وينظر إلى من يستحق قيمة هذه السلعة أو ثمنها، أو يمكن البائع من المطالبة

بما باعه من مال حرام في يديه أم لا .

والقول بتعيين الصحيح وربحه للملك في «الموازاة» ورجع عنه .

وفي المسألة قول ثالث: إن على المبتاع قيمتها يوم قبضها، إلا أن يكون ذلك أكثر من الثمن بالكذب وربحه فلا يزداد عليه، أو يكون أقل من الثمن الصحيح وما قبله من الربح فلا ينقص منه .

وَفِي الْفَوَاتِ بِحَوَالَةِ الْأَسْوَاقِ قَوْلَانِ

لما كان الحكم يختلف بقيامها وفواتها احتاج إلى بيان العيب، وذكر المختلف فيه وهو حوالة الأسواق ، وسكت عما فوقه لاتفاقهم عليه .

ابن راشد: ورواية ابن القاسم أنها مفيتة .

وروى ابن زياد عن مالك في «المدونة» أن السلعة إذا فاتت بنماء أو نقص وجبت فيها القيمة .

الشيخ أبو محمد^(١) وغيره: هذه الرواية مخالفة لرواية ابن القاسم في أن حوالة الأسواق لا تفيت على هذه .

وقال جماعة: يحتمل أن يكون مراده في هذه المسألة حكم هذا البيع مع الفوت، لا بيان حكم ما يفيت هذا البيع، وتكون الروایتان متفقتين، وعلى طريقة ابن أبي زيد مشي المصنف .

وكذلك اختلف في فهم رواية ابن القاسم أن القيمة في هذه السلعة المكذوب في ثمنها يوم القبض، ورواية ابن زياد أنها يوم البيع: هل ذلك خلاف على ظاهر الكلام، أو هما راجعان إلى شيء واحد؟ والمعنى يوم البيع، ومعنى رواية ابن القاسم أن القبض كان يوم البيع .

واختلف في هذه السلعة المكذوب في ثمنها إذا هلك بيد البائع: هل يكون ضمانها من البائع، وإليه ذهب أبو بكر بن عبد الرحمن ، أو من المشتري وهو مذهب أبي عمران؟

(١) «النوادر والزيادات» (٦ / ٣٥٤) .

وَمَا يَكَالُ أَوْ يُوزَنُ كَالْقَائِمِ يُرَدُّ مِثْلُهُ فِي مَوْضِعِ الْقِيَمَةِ

يعني أن ما تقدم من التفرقة بين القيام والفوات خاص بالمقوم، وأما المثلي فإن فوات عينه كلا فوات، لقيام المثل فيه مقام العين.
وقوله: (يُرَدُّ مِثْلُهُ مَوْضِعِ الْقِيَمَةِ) أي: في الموضع الذي كانت تجب فيه القيمة في المقوم.

وَلَوْ نَقَصَ غَالِطًا، وَصَدَقَهُ فِي الثَّمَنِ، أَوْ قَامَتْ بَيْنَهُ فَعَلَيْهِ مَا صَدَقَهُ وَرَبِحَهُ، أَوْ يَرُدُّهَا...
أي: لو غلط على نفسه فباعها بأقل مما اشتراها به؛ كما لو اشتراها بمائة وأخبر أنه اشتراها بتسعين فلا يصدق بمجرد دعواه، بل حتى يصدقه المشتري أو تقوم له بينة. قال في كتاب القسم من «المدونة»^(١): أو يأتي من رقم الثوب بما يستدل به على الغلط، فيحلف البائع ويصدق.

وزاد الباجي^(٢): أو يرى من حال الثوب ما يدل على صدقه.

وقوله: (فَعَلَيْهِ... إلخ) أي: أن المشتري مخير بين أن يدفع الثمن الذي شهدت به البينة وربحه، وبين أن يرد السلعة.

فَإِنْ فَاتَتْ فَالْمُشْتَرِي مُخَيَّرٌ بَيْنَ إِعْطَاءِ الصَّحِيحِ وَرَبِحِهِ، أَوْ قِيَمَتِهَا مَا لَمْ تَنْقُصْ عَنِ الْغُلَاطِ وَرَبِحِهِ...

أي: فإن فاتت بنماء أو نقصان، ولم يجعل في «المدونة» تغيير السوق مفيتًا كما في الزيادة؛ لأنه غلط على نفسه.

وحاصله أن له القيمة ما لم ينقص عن الثمن المغلوط به وربحه، ما لم يزد على الثمن الذي تبين وربحه.

وعارض ابن الكاتب هذه المسألة بمسألة تضمين الصانع إذا باع ثوبًا فغلط فدفع غيره فقطعه المتباع، فإنه قال: يرده ولا شيء عليه في القطع، ولم يجعل القطع فوتًا كما جعل ابن القاسم في بيع المرابحة هنا.

(١) «المدونة» (٤/ ٢٧٧).

(٢) «المنتقى» (٦/ ٤٢٢).

وفرق هو بأن ثوب الكذب في المراجعة لو هلك بعد القبض بيينة لكان هلاكه من المشتري، وثوب الغلط لو هلك بيينة لكان هلاكه من البائع.

وهو يرجع في المعنى لما فرق به غيره: أن المسألة تضمنين الصناعات لم يعجز فيها بيع، والبائع سلب المبتاع فلم يكن عليه شيء، بخلاف القطع في بيع المراجعة فإنه وقع في بعض ما وقع العقد عليه، وانتقل الملك فيه إلى المشتري.

وَتَقْوِيمُهَا يَوْمَ قَبْضِهَا ، وَقِيلَ : يَوْمَ الْبَيْعِ

الضمير في : (وَتَقْوِيمُهَا) يحتمل أن يعود على السلعة المغلوط فيها، والقول بتقويمها يوم القبض مذهب «الموطأ»، وتقويمها يوم البيع مذهب «المدونة»؛ لأنه صحيح على ما تقدم، ويحتمل أن يعود على التي زاد فيها أو نقص فيعم الصورتين.

ابن عبد السلام: وأشار غير المصنف إلى أن الخلاف في مسألة الغلط مخرج من مسألة الكذب؛ فإنه منصوص.

وَلَفْظُ الْأَرْضِ يَشْمَلُ الْأَشْجَارَ وَالْدِّيَارَ وَنَحْوَهَا وَلَفْظُهُمَا يَشْمَلُهُمَا

يعني: أنه إذا باع شخص أرضاً بكذا ولم يزد فإنه يتناول ما اتصل بها من بناء وشجر، وكذلك لو باع البناء والشجر اندرجت في العقد للعرف، ونحو الديار الآبار والعيون والمطامير.

وَلَا يَنْدَرِجُ الْمَأْبُورُ وَالْمُنْعَقِدُ إِلَّا بِشَرْطٍ .

يقال: أبرت النخل بفتح الباء مخففة، أبر بضم الباء أبراً وإباراً مخفف فهي مأبورة، وأبرتها مشدد الباء أوبرها تأبيراً وإباراً مشددة فهي مؤبرة، وتأبرت النخل واثبرت، واختلف في معناه: ففي «الإكمال»^(١): هو تعليق طلع الذكر في الأنثى، لئلا يسقط ثمرها وهو اللقاح.

ونحوه في [الجوهري]^(٢) ^(٣) قال: يقال: أبر فلان نخله؛ أي: لقحه وأصلحه، ثم قال: وتأبير النخل تلقيحه.

(١) «الإكمال» (٥ / ١٨٤).

(٢) في «ط»: الجواهر.

(٣) «الصحاح» (١ / ٤).

وقال ابن حبيب: الإبار: شق الطلع على الأنثى.

وقوله: (ولا يَنْدَرِجُ الْمَأْبُورُ) يريد: إذا اشترى النخل، وكذلك لو اشترى الأرض والنخل فإنه لا يندرج في ذلك الثمرة المأبورة والمنعقدة، وقاله ابن الجلاب.

وأفتى ابن الفخار وابن عتاب باندرج الثمرة وإن أبرت وطابت، قالوا: لأن الشجر أنفسها تندرج وإن لم تشترط، وإذا أدخلت الأصول فالفروع أولى، وما قالاه هو القياس، لكن المنصوص للمالك خلافه، ودليله ما في الصحيح من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «من ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرها للذي باعها إلا أن يشترطه المبتاع»^(١).

والتأثير خاص بالنخل، وما له زهر ثم ينعقد بانعقاده كإبار النخل، ولذلك عطف المصنف المنعقد على المأبور، وما لا زهر له يعتبر فيه أن تبرز جميع الثمرة عن موضعها وتميز عن أصلها، فهو بمنزلة التأثير فيها.

وفهم من كلامه أن الثمرة غير المأبورة تابعة، واختلف إذا اشترطها البائع لنفسه قبل الإبار؛ فقليل: لا يجوز ذلك، وقيل: يجوز.

اللخمي: وهو الصحيح من المذهب بناء على أنه مبقى على ملكه.

فَإِنْ تَأَبَّرَ الشَّطْرُ فَلَهُ حُكْمُهُ

أي: ما أبر للبياع وما لم يؤبر فللمبتاع، وألحق في «الواضحة» و«الموازية» ما قارب الشطر به.

وقال محمد بن دينار: ما أبر تبع لما لم يؤبر، فالكل للمبتاع.

وقال ابن القاسم: يقال للبياع: إما أن تسلم جميع الثمرة، وإلا فسخ البيع ولو رضي المبتاع بالنصف.

هكذا حكى الباجي^(٢) هذه الأقوال.

قال: وهذا إذا كانت الثمرة المأبورة متميزة؛ بعضها أبر وبعضها لم يؤبر، وأما إن كانت الثمرة حين تأبيرها وكان في سائر الثمار قد ظهر بعض الثمرة وبعضها لم يظهر، فرأى ابن حبيب أن ذلك للبياع، ورأى ظهور بعضها كظهور جميعه أصله الإزهاء، وروى

(١) أخرجه البخاري (٢٠٩٠) ومسلم (١٥٤٣).

(٢) «المتقى» (٦/ ١٣٩ - ١٤٠).

ابن المواز أن ذلك لا يجوز، إلا أن يشترط المبتاع الثمرة، ورأى أنه لما لم يؤبر لا يجوز أن يشترط البائع ما لم يؤبر، فلم يبق إلا أن يشترط المبتاع نصيب البائع.

وحملها ابن رشد^(١) على خلاف هذا فقال: الأقل تابع للأكثر شائعاً أو غير شائع، فإن لم يكن أحدهما تبعاً وكانا متناصفين أو متقاربين، فإن كان ما أبر على حدة وما لم يؤبر على حدة فللبائع ما أبر وللმبتاع ما لم يؤبر، على ما قاله المخزومي، وإن كان ذلك شائعاً في كل نخله فأربعة أقوال:

أحدها: أن الخيار للبائع؛ إما أن يسلم الحائط بثمرته للمبتاع، وإلا انفسخ البيع، وهو قول ابن القاسم.

الثاني: أن البيع يفسخ على كل حال، إلا أن يكون وقع بشرط أن تكون الثمرة للمبتاع، وهو قول ابن القاسم وسحنون فيما حكى الفضل.

الثالث: أنه كله للمشتري، وهو قول ابن دينار.

والرابع: أنه كله للبائع، وهو قول ابن حبيب في «الواضحة».

وذكرها ابن زرقون على نحو ما ذكره ابن رشد، وذكر أن الباجي لم يحسن تحصيل هذه المسألة.

وذكر ابن القطان أن الذي به القضاء أن البيع لا يجوز إلا برضا البائع بتسليمه الجميع للمبتاع.

ابن العطار: أو يرضى المبتاع بتسليمه للبائع.

وإن تأبر الأكثر حكم بحكمه للجميع.

هذا قول مالك الذي عليه أكثر أهل المذهب، وروي عنه أنه مثل ما لو تأبر الشطر.

وَلِكُلَيْهِمَا السَّقْيُ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالْآخِرِ

قال ابن راشد وشيخنا وغيرهما: يعني البائع والمشتري؛ أي: حيث يحكم بالثمرة للبائع بانعقادها أو بإبارةها فله السقي ما لم يضر بالمشتري، ولمشتري الأصول سقيها ما لم يضر بثمرة البائع.

(١) «البيان والتحصيل» (٧/ ٣٠٥).

وقال ابن عبد السلام: لكل واحد من صاحبي المأبور والمنعقد السقي ما لم يضر ذلك بالمشتري.

ومعناه: إلى الوقت الذي جرت العادة أن تجد الثمرة فيه.

وانظر لو تقابل الضرران فإني لم أر لأصحابنا فيها شيئاً، وللشافعية فيها ثلاثة أقوال: هل يقدم البائع أو المشتري؛ لأن البائع قد التزم سلامة الأشجار له، أو يتساويان فيفسخ العقد لتعذر التسليم إن لم يصطلحا.

نعم تكلم علماؤنا فيمن يلزمه السقي، فقال مالك في «الموازية»: هو على البائع حتى يسلم الأصل لمشتريه، وقال المخزومي في بائع النخل دون الثمرة: إن السقي على مشتري الأصول.

فرع:

فإن اشترط المبتاع بعض ما أبر أو بعض ما خرج من الزرع لم يجز على المشهور؛ لأنه قصد بيع الثمار قبل بدو صلاحها، بخلاف اشترط بعض ما أزهى وبعض ما يبس من الزرع.

وقال أشهب: يجوز اشترط بعض ذلك كاشتراط الجميع.

ولو كان المبيع فدانين واشترط زرع أحدهما لم يجز عند ابن القاسم، وقيل بالجواز على مذهبه؛ لأنه لو أفرد كل فدان بالبيع واشترط زرعه جاز، حكاه في «الطرر».

ولا تشمل الأرض الزرع الظاهر، وفي الباطن روايتان

اختلف في إبان الزرع، فروى أشهب أنه ظهوره من الأرض، ورواه ابن القاسم، وروى عنه ابن القاسم أيضاً هو أن يفرك، وروى عن مالك أيضاً في «الأسدية» أنه خروجه من يد باذره.

ولا الحجارة المدفونة على الأصح.

يعني: أنه إذا باعه أرضاً فوجد حجراً أو رخاماً أو أعمدة، فالمعلوم من مذهب ابن القاسم أنه لا حق في ذلك للمبتاع وهو للبائع.

وذهب سحنون وابن حبيب وابن دينار إلى أنها للمبتاع، وهو ظاهر قول ابن القاسم

في «العتبة»، وقيد صاحب «البيان»^(١) هذا الخلاف بالمجهول الذي لا يعلم صاحبه، وأما إن ثبت أن ما وجد في الأرض مغنياً من متاع البائع، أو من متاع من ورثه عنه، فلا خلاف أنه له.

وكذلك إن علم أن ما وجده أحد الورثة في حصته أنه لموروثهم، فهو بينهم بلا خلاف، وكذلك إذا ثبت أن البيت أو الجب الموجود تحت الأرض كان البائع عمله ونسبه فلا خلاف أن للبائع أن ينقض البيع، ولن لم يوجد ذلك في حظه أن ينقض القسمة.

والدَّارُ تَشْمَلُ الثَّوَابَ كَالْأَبْوَابِ، وَالرُّفُوفِ، وَالسُّلَمِ الْمُسَمَّرِ

أي: إذا باع داراً فإنها تشمل الأشياء الثواب، فالثواب جمع ثابت كالأبواب والرفوف وهو ما تعلق عليه الأثواب، وكذلك الطاقات.

واشترطه في السلم أن يكون مسمراً يقتضي أنه لو كان غير مسمر لكان للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، وهو قول ابن عتاب.

وأخقه ابن العطار وابن زرب بالمسمر، واحتج له ابن سهل بقول ابن القاسم فيمن اكترى من رجل منازل سنة وفيها علو وليس لها سلم، فقال المكترى لصاحب المنزل: اجعل لي سلماً، فتوانى حتى انقضت السنة، فقال: ينظر إلى ما يصيب ذلك العلو من الكراء فيطرح.

ورده صاحب «البيان»^(٢) بأن الكراء يتضمن التمكين من الانتفاع، ولا يتوصل إليه إلا بسلم، فإذا لم يجعل له سلماً لم يحصل التمكين، وأما الشراء فيتضمن التمكين من ذات المبيع وقد حصل، وليس شرط التمكين من الذات دفع السلم، وإلا وجب على البائع أن يأتي بسلم إن لم يكن، وهذا لم يقله ابن العطار.

واحترز المصنف بالثواب مما يتنقل كالحبل والدلو فإن ذلك خارج.

ابن عتاب: وتندرج المطحنة المبنية.

وقال ابن العطار: السفلية فقط.

(١) «البيان والتحصيل» (٩ / ٢١٧).

(٢) «البيان والتحصيل» (٨ / ٩٤).

فرع :

ولو كان في الدار جرار ونحوها فأراد البائع إخراجها ولم يسعها الباب، أو كان فيها بعير صغير فكبر ولم يخرج من الباب، فقال ابن عبد الحكم: ليس على المبتاع قلع الباب، ويذبح هذا بعيره ويكسر جواره، ونزلت بإشبيلية وكتب بها إلى القيروان، فقال أبو عمران: الاستحسان أن يهدم الباب ويبنيه البائع إن لم يبق بعد البناء عيب، وإن بقي بعده عيب ينقص الدار قيل للمبتاع: ادفع قيمة الجرار، فإن أبي قيل للبائع: أنزله وأعط قيمة العيب، فإن أبي تركاً حتى يصطلحا.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: إن علم المبتاع بها ووقع الشراء على أنه للبائع لزمه إخراجها، وإن لم يعلم وكان الذي يهدم لها يسيراً هدمه وأصلحه.

وَالْعَبْدُ يَشْمَلُ ثِيَابَ الْمِهْنَةِ الَّتِي عَلَيْهِ دُونَ مَالِهِ إِلَّا بِاشْتِرَاطِهِ

يعني: أن إطلاق لفظ العبد يشمل الثياب التي يمتثلها في خدمته بحكم العرف، وكذلك الأمة، بخلاف الرقيقة.

فرع :

واختلف إذا اشترط البائع ثياب المهنة: هل يوفى له بالشرط، وهو رواية عيسى عن ابن القاسم، وصححه ابن رشد وذكر أن به مضت الفتوى، أو يبطل شرطه، وهو رواية أشهب عن مالك؟ ابن مغيث في «وثائقه»: وبه مضت الفتوى عند الشيوخ.

فائدة :

ذكر المتنيطي وغيره ست مسائل قال مالك فيها بصحة البيع وبطلان الشرط:

الأولى: هذه على ما ذكر ابن مغيث.

الثانية: من اكترى أرضاً بزرع أخضر على أن الزكاة على البائع.

الثالثة: البيع على أن لا مواضعة على البائع.

الرابعة: أن لا عهدة عليه.

الخامسة: على أن المبتاع إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا، وإلا فلا بيع بيننا.

السادسة: إذا اشترى الثمرة على أن لا قيام له بجائحة، خلافاً لما في «السليمانية» أنه

يوفى له بالشرط .

هكذا نقل ابن عبد السلام .

ونقل اللخمي عن «السليمانية» أن البيع فاسد قال : وقال ابن شهاب : البيع جائز والشرط جائز .

خليل : ويزاد على هذا إذا اشترط المشتري ما لا غرض فيه ولا مالية فإنه يلغى كما تقدم .

وذكر ابن لبابة عن مالك في : «إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا» ثلاثة أقوال :

أحدها : ما تقدم .

والثاني : صحة البيع والشرط .

والثالث : فسخ البيع .

وفرق في «الدمياطية» بين : إن جئتني ، وبين : إن لم تأتني ، وإن قال : «أبيعك على إن جئتني بالثمن فالبيع بيني وبينك» فالثمن حال كونه رآه بيعاً ثانياً ، وإنما يريد فسخه بتأخير النقد ، وإن قال : «إن لم تأتني بالثمن» فكأنه لم ينعقد بينهما بيع ، إلا أن يأتيه فلا يجبر على النقد إلا إلى الأجل .

وقوله : (دُونَ مَالِهِ إِلَّا بِاشْتِرَاطِهِ) لما صح عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عمر رضي الله عنه : «من باع عبداً فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» .

وَبَيْعُ الثَّمَارِ وَنَحْوِهَا قَبْلَ بُدْوِ صِلَاحِهَا عَلَى الْقَطْعِ بَصَحُّ

قوله : (وَنَحْوِهَا) أي : من الزرع ، والمقاتي ، والمباطيخ ، والنوار كالورد .

وقوله : (عَلَى الْقَطْعِ) أي : في الحال أو قريباً منه ، ولا يؤخرها إلى زمان تزيد فيه .

وقيده اللخمي بثلاثة شروط :

الأول : أن ينتفع به ؛ لنهيه عليه الصلاة والسلام عن إضاعة المال .

ثانيها : أن تدعو إلى ذلك حاجة ، وإلا كان من الفساد .

وثالثها : ألا يتمالأ أهل البلد على ذلك ؛ لئلا يعظم الفساد .

وَعَلَى التَّبْقِيَةِ يَبْطُلُ

وبيعها على شرط التبقيّة باطل؛ لما في «الموطأ» (١): أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، قيل له: يا رسول الله وما تزهي؟ فقال: «حتى تحمر أو تصفر».

وفي الصحيح: أنه ﷺ نهى عن بيع النخل حتى تزهي، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري (٢).

فَإِنْ أُطْلِقَ فَظَاهِرُ «الْمُدُونَةِ» يَصِحُّ، وَقَالَ الْعِرَاقِيُّونَ: يَبْطُلُ

أي: لم يشترط القطع ولا التبقيّة، فظاهر «المدونة»: يصح؛ لقوله في البيوع الفاسدة: ومن اشترى ثمراً فجذده قبل إزهائه فالبيع جائز إذا لم يشترط تركه إلى إزهائه.

ووقف مع هذا الظاهر ابن محرز وعبد الحميد والبخاري وغيرهم من المتأخرين، ورجحوه بأن مقتضى العقد المناجزة في الثمن والمثمن، والتأخير فيهما أو في أحدهما لا يكون إلا بشرط أو عادة.

ومذهب العراقيين البطلان، وهو المذهب عندهم.

الباجي (٣) والمتيبي: وهو المشهور عن مالك، وتأول ابن أبي زيد «المدونة» على ذلك؛ لأنه تأولها على أنه اشترط الجذ.

واختار البخاري أن يستدل على الجذاذ والتبقيّة بقلّة الثمن وكثرته؛ إذ ثمن ما على القطع أقل.

فَرَع :

إذا وقع العقد على التبقيّة فسخ، والثمرة من ضمان البائع ما دامت في رؤوس النخل، فإن جذها المبتاع رطباً رد قيمتها، وإن جذها ثمراً رده بعينه، وإلا رد مثلها، وكذلك يفسخ إذا بيع على الإطلاق، وقلنا: إن ذلك يقتضي التبقيّة.

وَيَبْعُهَا لِمُشْتَرِي الشَّجَرِ يَصِحُّ عَلَى الْأَصَحِّ

يعني: أنه اختلف فيمن اشترى نخلاً مأبورة، وقلنا: إن الثمرة للبائع، هل يجوز

(١) أخرجه مالك (١٢٨١) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري (١٤١٧) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٣) «المتقى» (٦/ ١٤٤).

للمشتري أن يشتري الثمرة؟ الأصح وهو المشهور: الجواز؛ كبيع الخلفة بعد شراء الأصل، وكاشتراء الأرض فيها زرع لم يبد صلاحه مجردة من الزرع، ثم اشتراه، وكبيع مال العبد في عقد ثان بناء على أن اللاحق للعقد واقع فيه أم لا.

وحكى بعضهم في مسألة المصنف وفي مال العبد أربعة أقوال: هذين القولين:

والثالث: الجواز في الثمرة دون مال العبد، ورواه أشهب أيضاً وقال به.

والرابع: يجوز ذلك بحدثن العقد، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

يحيى : وحد العبد في ذلك عشرون يوماً، قال بعض الشيوخ: ولو جذ الأصل ثم اشترى الخلفة فلا يجوز اتفاقاً؛ لأنه يشتريها غير مستندة إلى شيء، وهذا يأتي في العبد إذا اشتراه فمات أو أعتقه أو باعه، ثم أراد بعد ذلك أن يشتري ماله، فلا يجوز باتفاق، وكذلك النخل والأرض إذا باعها على الإطلاق، ثم أراد أن يشتري زرع الأرض أو ثمرة النخل. فاعلمه.

وَبَعْدَ بَدْءِ الصَّلَاحِ يَصِحُّ مَا لَمْ يَسْتَرِ نَحْوَ الْبِزْرِ مِنَ الْكَتَّانِ

أي: ويجوز بيع الثمار بعد بدو الصلاح منضمة إلى الأصل ومفردة على القطع أو التبقية، لكن بشرط ألا تستر في أكمائها كبزر الكتان مجرداً عن أصله، وكالحنطة مجردة عن سنبها، والجوز واللوز مجرداً عن قشره على الجزاف.

الباجي^(١): ولا خلاف فيه وهو ظاهر؛ لأنه بيع مغيب.

وفي بعض النسخ: (ما لم يستثن) أي: ما كان من الحبوب مستتراً، وعليه تكلم ابن عبد السلام فقال: قوله: (ما لم يستثن) يظهر منعه على القول بأن المستثنى مشتري لانتفائه عن ملك البائع، ويجوز على القول بأن المستثنى مبقى.

والنسخة الأولى أصوب، وهي التي تكلم عليها ابن راشد وغيره.

ويلزم من الثانية مخالفة المشهور فقد قال الميطي: ويجوز لبائع الثمرة أن يستثنى جزءاً شائعاً منها قليلاً كان أو كثيراً؛ لأن البيع لم يتناول الجزء المستثنى، هذا هو المشهور من المذهب.

وقال عبد الملك: لا يجوز استثناء الأكثر، ويجوز في النصف فأقل.

(١) «المنتقى» (٦/ ١٤٨).

وَبَدُوُ الصَّلَاحِ فِي بَعْضِ حَائِطٍ كَافٍ وَفِي الْمُجَاوِرَةِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ إِذَا كَانَ طَيِّبُهُ مُتْلَاحِقًا، وَقِيلَ: فِي حَوَائِطِ الْبَلَدِ.

أي: لا يشترط عموم بدو الصلاح في كله، بل يكتفى أن يكون في بعضه، أو في بعض حائط مجاور له، ولو كانت شجرة واحدة بشرط ألا تكون باكورة.

ولذلك قال: (إِذَا كَانَ طَيِّبُهُ مُتْلَاحِقًا). واحترز بقوله: (فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ) من الجنسين فلا يباع جنس بطيب آخر.

فإن كان الجنس الذي لم يطب تبعًا لما طاب، فقيل: يجوز، ومنعه سحنون؛ لعدم الضرر في تأخيره.

والقول بأنه يجوز بيع جميع حوائط البلد يبدو الصلاح في حائط منها لابن القصار، وإن لم تكن مجاورة، وزاد ابن رشد قولاً آخر: أنه لا يجوز بيع الحائط حتى يعمه الزهو. قال: وما استعجل زهوه من الثمار لعارض وسبب من مرض في الثمرة وما أشبه ذلك، فلا اختلاف أنه لا يبيع له بيع ذلك الحائط.

وَصَلَاحُهَا: زَهُوُهَا وَظُهُورُ الْحَلَاوَةِ فِيهَا

لما في الصحيح: أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الزهو فقال: «أن تحمر أو تصفر». فإن قلت: الزهو يغني عن الحلاوة؛ لأنها لازمة له.

قيل: إن الواو في كلامه للتنويع؛ أي: الزهو خاص بالثمرة، وظهور الحلاوة عام به وبغيره.

وفي كلام المصنف نظر؛ لأن قوله: (وِظُهُورُ الْحَلَاوَةِ) لا يعم؛ لأن بعضها قد لا تظهر فيه الحلاوة كالموز فإنه يباع في شجره، قال ابن المواز: لا يباع حتى ينزع.

الباجي^(١): يريد إذا بلغ مبلغاً إذا نزع عن أصله تهيئاً للنضج، قال: وبدو صلاح التين أن يطيب وتوجد فيه الحلاوة، ويظهر السواد في أسوده والبياض في أبيضه.

وكذلك بدو الصلاح في العنب الأسود أن ينحو إلى السواد، وفي الأبيض أن ينحو إلى البياض مع النضج، والهاء في (صَلَاحُهَا) للثمرة.

وفي البقولِ وشبهها بإطعامها

أي: وبدو الصلاح في البقول بإطعامها؛ أن ينتفع بها في الحال.

الباجي^(١): وأما الجزر واللفت والثوم والبصل فبدو صلاحه إذا استرق ورقه وتم وانتفع بها، ولم يكن في قلعه فساد، وقصب السكر إذا طاب سكره، والبر والفول والجلبان والحمص إذا يبس ذلك، قال: وعلى هذا عندي حكم اللوز والجوز والفسق.

وأما الورد والياسمين فبأن تفتح أكمامه ويظهر نوره، والقصيل والقضب والقرط إذا بلغ أن يرعى دون فساد، وفي الزيتون أن ينحو إلى السواد، وفي القثاء والفقوس أن ينعقد ويوجد له طعم.

واختلف في البطيخ؛ فقال ابن حبيب: صلاحه إذا نحا ناحية الاصفرار؛ لأنه الغرض المقصود منه.

وقال أشهب: أن يكون فقوساً، وأما الاصفرار فلا، أصبغ: فقوساً قد تهيأ للتبطخ، وأما الصغير فلا.

فرع :

فإن بيع الفول والحنطة أو العدس أو الحمص بعد أن أفرك وقبل يسه، ولم يشترط قطعه ولا إبقاؤه، فقال ابن عبد الحكم: يفسخ كبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وقال ابن القاسم: يفوت باليبس ويمضي.

وفي «المدونة»^(٢): أكرهه، فإذا وقع فات فالأولى أن يفسخ، الشيخ أبو محمد: معناه يفوت بالقبض.

وفي «الموازية»: إن نزل لم أفسخه، وظاهره أنه يمضي بمجرد العقد.

وما يخلف كالياسمين فللمشتري

لا إشكال أن ما لا يخلف إذا بيع يتناول جميعه، ولهذا لم يتعرض المصنف له.

وأما ما يخلف فإن تميزت بطونه فلا تدخل الخلفة إلا بشرط.

(١) «المتقى» (٦ / ١٤٣).

(٢) «المدونة» (٣ / ١٨٩).

ابن حبيب: ولا يجوز اشتراطها إلا في الأرض المأمونة؛ أرض النيل وشبهه، وأما المطر فلا يجوز اشتراط خلفتها؛ إذ قد لا تمطر فلا يكون له خلفه، وإن لم يتميز بطونها كالياسمين والخس والبطيخ والمقاتي، وله آخر، فأجاز مالك بيعه للمشتري في جميع تلك الغلة إلى آخرها.

قال في «المدونة»^(١): ولا يجوز اشتراء ما تطعم المقاتي شهراً؛ لاختلاف الحمل فيه في قلة الحر وكثرته.

فَإِنْ اسْتَمَرَ كَالْمَوْزِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْأَجَلِ

أي: إن كان ما يخلف ليس له إبان ينتهي إليه - كالموز - فلا يجوز بيعه إلا بضرب الأجل، وهو غاية ما يمكن.

قال مالك: ويجوز اشتراط خلفته الستين، وقال ابن نافع: لا يجوز إلا السنة ونحوها.

تنبيه :

وقع في نسخة ابن راشد هنا زيادة مسألة نصها: ولو كانت الأشجار تطعم بطنين ففي بيع البطن الثاني يبدو صلاح الأول قولان، مشهورهما المنع بناء على أن البطن الثاني تبع للأول فيجوز بيعه بصلاح الأول، أو مستقل فلا يجوز. وكذلك قال الباجي^(٢): المنع ظاهر المذهب.

(١) «المدونة» (٣/ ١٩٠).

(٢) «المنتقى» (٦/ ١٤٧).

باب العرايا

العَرَايَا: وَبَيْعُ الْعَرَايَا مُسْتَثْنَى مِنَ الرِّبَا، وَالْمُزَابَنَةِ، وَبَيْعِ الطَّعَامِ نَسِيئَةً

(العَرَايَا) جمع عرية كعطية وعطايا، وسميت بذلك؛ لأن نخيلها معراة عن المساومة عند البيع، وفعله رباعي أشار إليه صاحب «العين»^(١)، وقيل: لأن الثمرة معراة عن السوم عند البيع، وقيل: هي اسم للثمرة المطلوبة من عروت الرجل أعروه؛ أي: طلبته، فهي فعيلة بمعنى مفعولة، وإنما دخلت فيها الهاء لأنها أفردت فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة والأكيلة، وقيل: سميت بذلك لأن الذي عريها يختلف إليها ويحل بأهلها لاجتناء ثمرتها، وهو قريب مما قبله، وقيل: سميت بذلك لتخلي مالكها عنها من بين ماله كأنها عرية من جملة النخل، فهي على هذا بمعنى فاعلة، وقيل: هي عرية من تحريم المزابنة، وخلت من ذلك، ويرد على هذا تسميتها قبل ورود الشرع المحلل والمحرم، وفي الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع التمر بالتمر، وقال: «ذلك الربا والمزابنة»^(٢)، إلا أنه أخص في بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذهما أهل البيت بخرصهما تمرًا ليأكلوها رطبًا. وذكر المصنف أنها مستثناة من الربا - أي: ربا التفاضل وربا النساء - ومن المزابنة؛ لأنه بيع معلوم بمجهول من جنسه، وهي أيضاً مستثناة من رجوع الإنسان في هبته.

وهي ثَمَرَةُ نَخْلٍ أَوْ شَجَرٍ مِمَّا يَبِيسُ وَيُدْخَرُ كَالْتَيْنِ وَالزَيْتُونِ وَاللَّوْزِ يَهْبُهُ مِنْ حَائِطِهِ...

هذا تعريف العرية المرخص في جواز بيعها بخرصها، وإلا فالعرية حيث هي جائزة في كل شيء.

فَيَجُوزُ شِرَاءُ الْمُعْرِي أَوْ مِنْ يَنْتَزِلَ مَنْزِلَتَهُ بِبَيْعٍ أَوْ مِيرَاثٍ أَوْ هِبَةٍ مِنَ الْمُعْرَى أَوْ مَنْ يَنْتَزِلُ مَنْزِلَتَهُ بَعْدَ صَلَاحِهَا بِخَرَصِهَا مِنْ نَوْعِهَا يَدْفَعُهُ عِنْدَ الْجُدَاذِ لَا قَبْلَهُ فِي ذِمَّتِهِ لَا فِي مُعِينٍ، فَقِيلَ: لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وَقِيلَ: بِقَصْدِ الْمَعْرُوفِ، وَعَلَّلَ مَالِكٌ وَابْنُ الْقَاسِمِ بِهِمَا، فَعَلَى الْأَوَّلِ لَا يَشْتَرِي بَعْضُهَا وَلَا جَمِيعَهَا إِنْ كَانَتْ كُلُّ الْحَائِطِ، وَلَا مِنْ شَرِيكَ حَصَّتِهِ. وَشَرْطُهُ: خَمْسَةٌ أَوْ سِتٌّ فَأَدْنَى وَقِيلَ: أَدْنَى.

أعلم أنه لا يجوز شراء العرية بخرصها إلا بشروط:

الأول: وهو متفق عليه، أن يكون مشتريها هو معريها أو من ينتزل منزلته؛ إما ببيع أو هبة أو ميراث من المعري، أو من ينتزل منزلته.

الثاني: وهو متفق عليه أيضاً، أن يبدو صلاحها للنهي عن بيع الثمرة قبل ذلك قصراً للرخصة على محلها.

الثالث: عياض: وهو متفق عليه أيضاً، أن يشتريها بخرصها بكسر الخاء؛ أي: بكيلاها، وأما بفتحها فهو اسم للفعل؛ لما في الصحيح: أنه ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق^(١).

فشك الراوي في ذلك، وفيه نظر، فإنه روى عن مالك جواز شرائها بغير خرصها.

الرابع: وهو متفق عليه أن يشتريها بنوعها، إن صيحاتها فصيحاني وإن عجوة فعجوة.

وأجار القابسي أن يتراضيا عند الأجل على ثمر من غير صنفها، وشبهه بالقرض بجامع المعروف، وألزم على شبهه أن يجوز بيعه قبل القبض كما في المشبه به، وأجيب بأن جواز البدل بغير الصنف لا يلزم منه جواز بيعه قبل قبضه كالسلم، ورد بأن الإلزام للتشبيه بالقرض لا على وجه البدل.

وأجراها ابن يونس في البدل مجرى السلم، وبالجمله فقد اختلف الأشياخ في إجراء العرية مجرى البيع أو القرض.

الخامس: يشترط أن يكون العوض مؤخراً إلى الجذاذ، ولا يجوز بشرط التعجيل، وحكى عياض الاتفاق عليه.

وحكى ابن يونس عن مالك أنه لا يجوز شراء العرية بخرصها وإن جذها مكانه.

أصبغ: ويفسخ إن نزل حتى يبقى فيها ما يحل بيعه، فإن فاتت رطباً رد مثلها إن وجد وإلا قيمتها، قال أصبغ: وإن اشترى ما أعرى من رطب الفواكه التي لا تبيس، وقد أزهرت بخرصها يدفعه من غيرها نقداً أو إلى تناهيها لم يصح ذلك، فإن لم يفت ذلك رد وإن فات أنفذ ولم يرد، وكذلك في كل عرية ما كانت يدخلها رخصة العرية ورفقها، قال: ولو أجزت للرب من غير كراهة هي لم تكن لأجنبي، ولو أجزى هذا ابتداء لم يكن خطأ؛ لأن النقد أبلغ في المعروف.

وفي بعض النسخ: (يوفيه في يده)، ولا حاجة إلى هذه الزيادة قال في «الواضحة»: وإن تطوع له بتعجيل خرصها قبل الجذاذ من غير شرط جاز له، وهل يجبر الموهوب على

(١) أخرجه البخاري (٢٠٦٤) ومسلم (١٥٣٩) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

جذها ؟ أشار ابن يونس إلى أنه يتخرج على القولين في أنها هل هي كالقرض أو كالبيع ؟

السادس: أن يكون العوض في ذمة المعري لا في حائط معين اتباعاً للرخصة، فإن وقع التعيين، فقال المازري: الأظهر على المذهب الفسخ لكونه بيعاً فاسداً.
وفي «المبسوط»: يبطل شرط التعيين ويكون في الذمة.

السابع: أن يشتري جملة العرية لا بعضها، ولما أراد المصنف الكلام على هذا الشرط قدم قبل ذلك ما هو مرتب عليه، فقال: (فَقِيلَ: لِدَفْعِ الضَّرَرِ... إلخ) يعني أنه اختلف في علة الجواز بالشروط المتقدمة على ثلاثة أقوال:

أحدها لابن الماجشون: أنها دفع الضرر عن المعري بسبب دخول المعري عليه في حائطه وإطلاعه على أهله وشبه ذلك.

الثاني: أنها قصد المعروف.

الثالث: لمالك وابن القاسم التعليل بهما؛ أي: على طريق البذل لا على الجمع، ثم فرع على هذه فقال: (فَعَلَى الْأَوَّلِ... إلخ) وتصوره واضح.

ومعنى قوله: (وَلَا مِنْ شَرِيكَ حِصَّتِهِ) أنه لو أعرى جماعة رجلاً بعض حائطهم فلا يجوز لأحدهم على التعليل بالضرر شراء حصته لبقاء الضرر بسبب دخول المعري لما بقي له.

الثامن: أن يكون خمسة أوسق فأقل، وهو المشهور، وروى أبو الفرج عن مالك: لا تجوز في أقل من خمسة أوسق وهو أظهر؛ لأنه المحقق، والخامس مشكوك فيه، ولما في أبي داود قال: وحديث جابر إلى أربعة أوسق.

التاسع: أن يكون مما يبيس، وهو مأخوذ من كلام المصنف أولاً، وليس ذلك خاصاً بالتمر والعنب على المشهور، وكلام المصنف يدل عليه تشبيهه باللوز، ومالك في «الموازية»: لا يشتري بخرصه إلا التمر والعنب، ثم رجع إلى ما في «المدونة».

العاشر: أن يكون بلفظ العرية على المشهور، ولو أعطاه بلفظ الهبة والمنحة لم يجز له الشراء اتباعاً للفظ الحديث، خلافاً لابن حبيب وغيره.

وهذا لا يؤخذ من كلام المصنف، إلا أن يقال: قوله: (المُعْرِي) يدل على أن هذا لا يجوز إلا للمعري.

وَلَوْ أَعْرَاهُ عَرَايَا مِنْ حَوَائِطٍ فَفِي شِرَاءٍ أَكْثَرَ مِنْ عَرِيَّتِهِ ثَلَاثُهَا: إِنْ كَانَتْ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ مُنْعَ...

يعني: فإن اتحد المعري والمعري لكنه أعراه عرايا في حوائط متعددة في مرة أو أكثر في كل خمسة أوسق فأقل، ثم أراد شراء عشرة أوسق مثلاً من حائطين فقال ابن القاسم: يجوز في الوجهين؛ أعني: سواء كان في مرة أو مرات.

وقال يحيى بن عمر وابن أبي زيد وغيرهما: لا يجوز فيهما بناء على أن العقد هل يتعدد بتعدد المعقود عليه أم لا؟ وتأول «المدونة» على نحو قوله، وفرق ابن الكاتب فمنع في الأول وأجاز في الثاني.

ورجح ابن يونس لقول مالك فيمن اشترى حوائط فأصابته جائحة أنها إن كانت في صفقة واحدة اعتبر ثلث الجميع، وإن كانت في صفقات اعتبر ثلث كل واحد.

وَيَبْعُهَا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرْعِ لِلْمُعْرِي وَغَيْرِهِ قَلِيلَةً أَوْ كَثِيرَةً جَائِزٌ

أي: أن ما تقدم من الشروط إنما هو في بيعها بخرصها، وأما بيعها بغير خرصها فهو جائز على مقتضى البيوع لرب الحائط وغيره، فيجوز شراؤها بالدنانير والدراهم وبطعام يخالفها إذا حصلت المناجزة في الطعام، وهكذا قال في «المدونة»^(١) وغيرها.

وفي «الإكمال»^(٢): المشهور من قول مالك قصر جواز بيعها من ربها بخرصها تماً إلى الجذاذ، وذلك بعد صلاح العرية، وروي عنه لا يجوز بخرصها ويجوز بغيره، وعنه أنه يجوز بخرصها وبغيره وبالعروض وبالطعام، ويريد على الجذاذ، وروي عنه أنه لا يجوز شراؤها إلا بخرصها ولا يجوز بغير ذلك من دنائير أو دراهم أو غير ذلك؛ لأنه من باب العود في الهبة وبالخرص رخصة لا تتعدى، قال: واختلاف قوله في ذلك على اختلاف أهل الأصول في تقديم خبر الواحد على القياس، أو تقديمه عليه، وعلى أن الرخص لا تتعدى بها مواضعها، ثم قال: وأما مشهور قوله فإنه لا يجوز إلا بخرصها عند الجذاذ، فلم

(١) «المدونة» (٣/ ٢٨٤).

(٢) «الإكمال» (٥/ ١٧٨).

ير تعدي الرخصة عن وجهها، وهو أظهر. انتهى. فانظره مع ما في «المدونة».

وَتَبْطُلُ الْعَرِيَّةُ بِمَوْتِ الْمُعْرِي قَبْلَ حَوْزِهَا

لأنها عطية كسائر العطايا، ولا خلاف فيه في المذهب.

وحوزها أن تكون فيها ثمرة وأن يقبضها، وقال أشهب: بالإبار أو تسليم الرقبة، والزكاة على المعري كالتسقي بخلاف الوأهب، وقال أشهب: على المعري كالهبة إلا أن يعريه بعد الزهو، وعلى الأول: إذا كانت العرية كل الحائط أخرج منه، وعلى الثاني من غيره، ولو كانت دون خمسة أو سق كملت...

لما كان الحوز شرطاً في تمامها فسرّه وذكر فيه قولين:

الأول لابن حبيب قال: وحيازة العرية بوجهين: قبض الأصول وأن يطلع فيه ثمر قبل موت المعري، وإن قبضها ولم يطلع فيها ثمر حتى مات المعري بطلت، وإن طلع الثمر ولم يقبض الشجر حتى مات المعري بطلت، قاله مالك، وهو مذهب «المدونة» عند ابن العطار، وفضل، وجماعة.

ثم اختلف هؤلاء في وجه موافقتهم لقول ابن حبيب، فقال ابن العطار: العرية والهبة والصدقة سواء لا يتم حوزها إلا بأمرين، وقال ابن زرقون: إما يوافق في العرية لا في الصدقة والهبة.

وذهب بعضهم إلى أن مذهب «المدونة» والاكتفاء بحوز الأصل وحده، وإليه ذهب أبو عمران وابن مالك.

والقول الثاني لأشهب الاكتفاء بأحد الأمرين إما ظهور الثمرة بالإبار، وإما بحصول رقاب الثمرة بيد المعري دون رب الحائط، وهذا القول هو الصواب عند ابن يونس، وإن كان لم يصرح بتأويل المدونة على أحد التأويلين المتقدمين.

واستدل لهما في كتاب الهبات لابن القاسم إذا وهب ما تلد أمته أو ثمرة نخله عشرين سنة جاز ذلك إذا حاز الأصل والأمة أو حاز ذلك له أجنبي، فهذا يدل على خلاف ما قاله ابن حبيب؛ لأن ثمرة عشرين سنة لم تأت بعد.

(وَالزَّكَاةُ عَلَى الْمُعْرَى كَالسَّقْيِ بِخِلَافِ الْوَاهِبِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: عَلَى الْمُعْرَى كَالْهَبَةِ إِلَّا أَنْ يُعْرِيَهُ بَعْدَ الزَّهْوِ.... إلخ) يعني أن العرية والهبة إما أن يكونا بعد الزهو أو قبله، فإن كانتا بعد الزهو فعلى المعري والواهب، وإليه أشار بقوله: (إِلَّا أَنْ يُعْرِيَهُ بَعْدَ الزَّهْوِ)، وإن كان قبل الزهو ففي المسألة أربعة أقوال.

ووقع في نسخة ابن راشد ما نصه: (وفي كون الزكاة على المعطي أو المعطى ثالثها لابن القاسم: في العرية على المعري وفي الهبة على الموهوب له، ورابعها لسحنون: على من كانت الأصول بيده).

ومنشأ الخلاف: هل العرية والهبة يقتضيان عرفاً التزام الزكاة أم لا؟ ولفظ العرية يشعر بذلك بخلاف الهبة، وذكر ابن المواز أنهم لم يختلفوا في السقي أنه على رب الحائط، وعلى الأول؛ أي أنها على المعري لو كانت جميع الحائط للزم رب الحائط أن يخرج من غيرها ويأخذها كلها المعري، وإن كان دون خمسة أوسق كملت؛ أي: ضمها رب الحائط إلى ما بيده، انظر لو أعسر المعري فهل تؤخذ من المعري ولها نظائر.

الْجَوَائِحُ: وَالثَّمَارُ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ فِي الْجَوَائِحِ

لما في مسلم من حديث جابر: أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح، وفيه أيضاً قال: «لو بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق».

والحديثان وإن كانا ظاهرهما إسقاط الجائحة مطلقاً، لكن من المعلوم أن المشتري دخل على أنه لا بد أن يرمي الهواء بعضه وتأكّل الطير منه ونحو ذلك، فقد دخل على اليسير، واليسير المحقق ما دون الثلث، والثلث وإن كان في كثير من أبواب الفقه يسيراً فقد جعل هنا كثيراً؛ ولأنه روي من حديث أبي طلحة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أصيب ثلث الثمرة فقد وجب على البائع الوضعية».

وعن ربيعة عنه ﷺ: «أنه أمر بوضع الجوائح إذا بلغت ثلث الثمرة فصاعداً»، لكن فيهما ضعف، والجوائح جمع جائحة؛ وهي المصيبة المهلكة.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : إِذَا كَانَ بَقَاؤُهَا لِيَنْتَهِيَ طَيِّبُهَا، فَلَوْ انْتَهَتْ كَالْعَنْبِ يَطِيبُ وَالْبُقُولُ وَالْقَصِيلُ فَلَا جَائِحَةَ كَالثَّمَرِ عَلَى النَّخْلِ، وَقَالَ سَحْنُونُ: فِيهِ الْجَائِحَةُ...

قسم المصنف المسألة على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون الثمرة محتاجة إلى إبقائها في أصولها ليكمل طيها، ولا خلاف في ثبوت الجائحة فيه، قاله ابن شاس^(١)، ونسبة الجائحة لابن القاسم وحده ليست بجيدة.

الثاني: أن ينتهي طيها، ولكن يحتاج إلى التأخير لبقاء رطوبة كالعنب المشتري بعد بدو صلاحه.

وحكى المصنف فيه قولين.

الباجي^(٢): ومقتضى رواية أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يراعى البقاء لحفظ النضارة، وإنما يراعى كمال الصلاح، قال: ويجب أن يسجري هذا المجرى كل من كان هذا حكمه كالقصيل والقصب والبقول والقرظ، فلا توضع جائحة في شيء من ذلك، قال: ومقتضى رواية سحنون أن توضع الجائحة من جميعه.

الثالث: ما لا يحتاج إلى بقاءه في أصله لتمام صلاحه ولنضارته كالثمر اليابس والزرع، فلا جائحة فيه.

وليه أشار بقوله: كالتمر على النخل؛ إذ الكاف هنا للقياس والاستدلال.

وأما الأولى فهي في كلامه للتمثيل، وما حكاه عن سحنون حكاه غيره.

وحكى ابن يونس عن سحنون: إذا تناهى العنب المشتري وحان قطافه حتى لا يكون تأخيره إلا لسوق يرجوها أو لشغل يعرض له فلا جائحة فيه.

ابن عبد السلام: وهذا مخالف لما حكاه المؤلف وغيره عنه، وأشار بعض الأندلسيين إلى إجراء هذين القولين فيما بيع قبل بدو صلاحه أو بعده على أن يجده مشترى، وهو ظاهر. انتهى.

وفي حمل كلام سحنون على الخلاف بحيث لا يخفى، ونص في «المدونة»^(٣) على

(١) «الجواهر» (٢/ ٥٣٣).

(٢) «المنتقى» (٦/ ١٧٥).

(٣) «المدونة» (٣/ ٥٩٠).

أنه لو اشترى ثمرة على الجذاذ فيها الجائحة إذا بلغت الثلث، كالثمار لا كالبقول.

وسأل ابن عبد الحكم سحنوناً فقال: لم جعل فيها الجائحة ولا سقي على البائع؟ فقال: لأن معناه أن المشتري يأخذ ذلك شيئاً بعد شيء على قدر الجائحة، ولو دعاه البائع أن يأخذه في يومه لم يكن له ذلك، بل يمهل في ذلك، وهو وجه الشأن.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مُفْرَداً عَنْ أَصْلِهِ فِي بَيْعٍ مَحْضٍ بخلاف المهر، وقال ابن الماجشون: فيه الجائحة...

أي: يشترط في وضع الجائحة شرطان:

الأول: أن يكون البيع على الثمرة بانفرادها، وأما إن اشتراها على أصولها فلا جائحة فيها، اشترت قبل بدو الصلاح أو بعده؛ أما المشتراة قبل فبالاتفاق، وأما المشتراة بعد فهو المشهور.

وقال أصبغ: أما ما عظم خطره من الثمرة ففيه الجائحة، ويقبض الثمن على الثمرة وعلى الأصل؛ لأن المشتري زاد لها في الثمن، واحتج في «المدونة»^(١) للأول بأنه تبع وإن أوجبه الاشتراط فكان كمن ابتاع عبداً ثم استثنى ماله فهلك ماله ثم رد العبد بعيب أو استحق فإنه يرجع بجميع الثمن، ولا يحط بمال العبد منه شيء.

وظاهر كلامه أنه لو اشترى الثمرة مفردة عن أصلها أن فيها الجائحة، وإن اشتراها مع غيرها ولو كانت تبعاً كمكتري دار فيها ثمر دون الثلث فقد نص في «المدونة»^(١) على أنها لا جائحة فيها لكونها تبعاً للكرء، واختلف إذا كانت قد أزهت؛ فقل: فيها الجائحة، لقوله في «المدونة»: ولم يطب، وعلى هذا اختصر ابن يونس «المدونة»، وقيل: لا جائحة فيها؛ لأنه قال: ومن اكرى أرضاً فيها سواد قدر الثلث فأدنى فاشترطه جاز ذلك ولا جائحة في ثمره فأطلق.

وكلام اللخمي يأتي على الأول؛ لأنه قال: وإن اكرى داراً فيها ثمرة فاشترطها فإن كانت لم تطب وهي الثلث فأقل فلا جائحة فيها إن سقطت، وإن طابت فأكلها ثم انهدمت الدار غرم ما ينوبها، وإن كانت الثمرة قد طابت فاستثنائها وهي الثلث فأكثر كانت فيها الجائحة، وإن أصيب ثلثها رجع بما ينوبه، واختلف إذا كان جميع الثمرة أقل من الثلث

(١) «المدونة» (٣/ ٥٩١).

فأصيب جميعها أو الثلث فأكثر، فقليل: فيها الجائحة كالأولى، وقيل: لا جائحة فيها؛ لأنها تبع، والأول أحسن؛ لأنها مشتراة وليست ملغاة.

ابن يونس: جعل في الدار التبع دون الثلث وهو للمالك، وجعل في الأرض التبع الثلث، وهو لابن القاسم، وهو أصل اختلف فيه قول مالك في كراء الأرض، قال بعد ذلك: وأخذ ابن القاسم بالقول أنه الثلث فأدنى، وأخذ ابن حبيب وابن المواز بما دون الثلث.

الشرط الثاني: أن تكون الثمرة المفردة في بيع محض فلا ترجع الزوجة على زوجها إذا أصدقها ثمرة وأجاحت؛ لأنه مبني على المكارمة، واختار ابن يونس وغيره قول ابن الماجشون لأننا نمنع بيع المهر إذا كان طعاماً قبل قبضه أو رد بعيب إلى غير ذلك من أحكام البيوع، ويؤيده قول ابن القاسم بإيجاب الجائحة في العرية مع أنها ليست بيعاً محضاً.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْجَائِحَةُ: مَا لَا يُسْتَطَاعُ دَفْعُهُ لَوْ عُلِمَ بِهِ، فَالسَّرْقَةُ لَيْسَتْ بِجَائِحَةٍ، وَفِيهَا: لَوْ أَنَّ سَارِقًا سَرَقَهَا فَجَائِحَةٌ، ابْنُ الْمَاجِشُونِ: الْجَائِحَةُ: الْآفَةُ السَّمَاءِيَّةُ دُونَ صَنْعِ الْآدَمِيِّ، وَفِيهَا: الْجَيْشُ جَائِحَةٌ...

ما لا يستطيع دفعه عادة ليدخل فيه الجيش؛ إذ لا يستطيع دفعه بخلاف السارق؛ لأنه لو علم به لدفع، فإنه إنما يأخذه على وجه الخفية، فالعلم مانع له من السرقة.

وتبع المصنف الباجي^(١) في نسبة هذا القول لابن القاسم، قال: هو في «الموازية».

ونقل ابن أبي زيد أن السارق جائحة، واستشكل بأن السارق لو كان جائحة لكان حفظ الثمرة على بائعها كما يكون عليه سقيها.

وعلى القول الأول في كلام المصنف الأكثر، وأشار ابن عبد السلام إلى أنه المشهور.

وعلى أن السارق جائحة فالجيش أولى؛ ولذلك كان الأحسن بطريقة المصنف في الاختصار أن يقول: وفيها الجيش جائحة، وعلى قول ابن الماجشون لا يكون جائحة، قال الشيخان وغير واحد: وإنما يكون السارق عند ابن القاسم جائحة إذا لم يعرف، وأما إن عرف فيتبعه المشتري ملياً أو معدماً.

(١) «المنتقى» (٦/ ١٧٣).

فرع :

فلو لم تهلك الثمرة بل تعيبت كالغبار يعيها والريح يسقطها قبل أن يتناهى طيبها فينقص قيمتها، ففي «البيان»^(١): المشهور أن ذلك جائحة ينظر إلى ما نقص هل الثلث أم لا؟ وقال ابن شعبان: وهو أحد قولي ابن الماجشون.

والقول الثاني: ليس ذلك جائحة، وإنما هو عيب، والمبتاع بالخيار بين أن يتماسك أو

يرد.

فَإِنْ كَانَتْ مِنَ الْعَطَشِ وَضِعَتْ كُلُّهَا

هذا لأن السقي على البائع، فأشبهت ما فيه حق توفية، وكذلك لو كانت بعلا، قال في «المدونة»^(٢): لأنه باعها على حياتها من الماء.

وظاهر قوله: (وَضِعَتْ كُلُّهَا) ولو كان ما نقص لا خطب له، وهو ظاهر «المدونة» في كتاب الجوائح؛ لأنه قال: يوضع عنه قليل ما هلك بسببه وكثيره، ولكن لابن القاسم في كتاب الشفعة ما يوهم خلاف ذلك؛ لأنه قال: ولا بأس بشراء شرب يوم أو يومين أو شهر أو شهرين يسقي به زرعه في أرضه دون شراء أصل العين.

مالك: فإن غار أصل الماء فنقد أو نقص بقدر ثلث الشرب الذي ابتاع وضع عنه كجوائح الثمار.

ابن القاسم: وأنا أرى أنه مثل ما أصاب الثمرة من قبل السماء فوضع عنه إن نقص شربه ما عليه فيه ضرر بين، وإن كان أقل من الثلث إلا ما قل مما لا خطب له فلا يوضع لذلك شيء.

فانظر قوله: «إلا ما قل مما لا خطب له» هل مقصور على المشبه وحده أو عليه وعلى المشبه به؟ انتهى كلام ابن عبد السلام.

وجعل ابن راشد هذا فرعاً آخر، وذلك أنه لما ذكر جائحة العطش وأنه توضع مطلقاً قال: تنبيه: ومن اشترى شرباً معلوماً، ففي «المدونة»^(٣): لا بأس [بشراء شرب يوم]^(٤)،

(١) «البيان والتحصيل» (١٢/ ١٨٠).

(٢) «المدونة» (٣/ ٥٩١).

(٣) «المدونة» (٤/ ٢٤١).

(٤) سقط من ط.

ثم ذكر الكلام السابق .

وَمِنْ غَيْرِهِ وَضِعَ الثُّلُثُ فَمَا فَوْقَهُ

أي: من غير العطش، وتصوره واضح، ثم إن وافقه المشتري على أن التالف الثلث فلا إشكال، وإلا فلا بد من إثبات ذلك بأن يحضر عدلان في وقت الشراء بحضرة المتبايعين، ثم ينظران بعد الجائحة، ويشهدان أن ما تلف الثلث فأكثر.

وَفِي الْبُقُولِ ثَالِثُهَا كَالثَّمَارِ

هي روايات، والمشهور أنها توضع جائحة البقول وإن قلت؛ لأن إتلافها من العطش. وروى علي بن زياد وابن أشرس عن مالك: أن جائحتها لا توضع حتى تبلغ الثلث. وفي «الجلاب»^(١): لا جائحة فيها قلت أو كثرت.

واختلف في الأصول المغيبة؛ مثل الجزر واللفت والبصل والإسفناوية، هل هي كالبقول أم لا؟ ومذهب «المدونة» أنها كالبقول، وألحق ابن القاسم وابن المواز وابن حبيب الموز والمقاتي بالثمار، وألحق أشهب المقاتي بالبقول، فيوضع القليل والكثير. للرخمي: ولا خلاف أن الجوائح توضع في المقاتي.

ابن راشد: وروي عن مالك أن جائحة الموز توضع مطلقاً، وألحقوا الزعفران والريحان والقرط والقضب بالبقول، وفي قصب السكر ثلاثة أقوال كالبقول، ومذهب «المدونة» فيه عدم القيام بالجائحة، وعمله فيها بأنه إنما يباع بعد أن يطيب، واختلف في ورق الثوت، فقال ابن حبيب: هو كالثمار.

وقال ابن القاسم في «العتبية»: هو كالبقول، وهذا إذا كانت الآفة فيه، وأما إذا كانت الآفة من غيره كما لو مات دود الحرير، فقال ابن القاسم: الأشبه أنه جائحة، وشبهه بمن اكترى حمماً أو فندقاً فجلا ذلك البلد ولم يجد من يسكنه، فقال المتقدمون: له أن ينحل عن الكراء.

ابن يونس: وكذلك عندي من اشترى ثمرة في بلد ثم انجلى أهله لفتنة أو نحوها، فإن مصيبة ذلك من البائع؛ لأن المشتري إنما اشتراه لمن يبيعه منه.

وَيُعْتَبَرُ ثُلُثُ الْمَكِيلَةِ لَا ثُلُثُ الْقِيَمَةِ مُطْلَقًا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ، فَيَحْطُّ مِنَ الثَّمَنِ قَدْرُ قِيَمَتِهِ مِنْ بَاقِيهِ كَأَنَّهُ أَقَلُّ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ أَكْثَرُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: الْمُعْتَبَرُ ثُلُثُ الْقِيَمَةِ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَحْبَسُ أَوَّلُهُ عَلَى آخِرِهِ كَالْعِنَبِ وَالرُّطَبِ فَالْمَكِيلَةُ بِاتِّفَاقٍ...

لما كانت الجائحة إنما توضع بشرط أن تبلغ الثلث بينه وقسمه قسمين: قسم لا يحبس أوله على آخره، وقسم يحبس أوله على آخره. وذكر في الأول قولين: الأول لابن القاسم: المعتبر ثلث المكيلة لا ثلث القيمة؛ لأن الجائحة في الثمرة إنما هي في نقص الثمرة لا في نقص ثمنها؛ لأن الثمرة لو مرضت من غير جائحة لم يكن للمشتري قيام، فلو كان ثلث المكيلة يساوي عشر الثمن وضع، ولو كان دون ثلث المكيلة - وهو يساوي تسعة أعشار الثمن - لم يوضع، كما قال في «المدونة» فيمن اشترى مائة درهم فأجيج منها بطن ثم جنى بطنين فانتقصت، فإن كان المجاح قدر ثلث النبات قوم في زمانه.

فإن قيل: قيمته ثلاثون لغلاء أوله، والبطن الثاني عشرون، والثالث عشرة لرخص آخره رجع بنصف الثمن.

إلا أنهم اختلفوا في وقت تقويمه على قول ابن القاسم؛ فقال سحنون وابن أبي زمنين: يقوم يوم البيع بقدر قيمة كل بطن في زمانه لا يوم نزول الجائحة.

وقال آخرون: يقوم التالف يوم الجائحة، ثم اختلف هؤلاء: هل يتعجل التقويم فيما بقي من البطون الآن على ما جرى من عرف عاداتها، أم يستأنى حتى يجني جميع بطونها، فتقوم على يقين لا على تخمين، واختاره صاحب «النكت» (١)؟

وقوله: (مُطْلَقًا) يحتمل كان يطعم بطنًا أو بطونًا كالمقاتي والورد والياسمين، ويحتمل بلغ ثلث القيمة أم لا، والقول الثاني لأشهب: إن المعتبر ثلث القيمة، وإن كان عشر المكيلة ثم ذكر القسم الثاني أن المعتبر فيه المكيلة؛ لأنه إذا كان يحبس أول الثمرة على آخرها فأجزاؤها متشابهة، فلا وجه لاعتبار القيمة.

وحكى جماعة أيضًا هذا الاتفاق، لكنه مقيّد بأن يكون صنفًا واحدًا، ولو كان أصنافًا كالبرني والصيحاني جرى على الخلاف.

فَإِنْ كَانَتْ أَجْنَاسًا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، فَقِيلَ: يُعْتَبَرُ كُلُّ جِنْسٍ عَلَى حِدَةٍ، وَقِيلَ: يُعْتَبَرُ ثُلُثُ الْجَمِيعِ. وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُعْتَبَرُ نَصَابُ الْجِنْسِ بِالْمَكِيلَةِ وَيُنْسَبُ إِلَى الْجَمِيعِ بِالْقِيَمَةِ، فَإِنْ فَقَدَ أَحَدُهُمَا فَلَا جَائِئِحَةٌ...

يعني: فإن اشتملت الصفقة على أصناف كتمر وتين وعنب وأجيج جنس منها، فقال مالك في رواية ابن حبيب: يعتبر كل جنس منها على حدته بما ينوبه من الثمن بناء على أن العقد يتعدد بتعدد المعقود عليه، فكأنه عقد على كل جنس عقداً مفرداً.

والقول الثاني أن المعتبر ثلث الجميع، فإن بلغ ما أجيج ثلث الثمرة وضع من غير اعتبار بقدر الجائحة من الثمن.

هكذا ذكر صاحب «البيان»^(١) هذا القول وعزاه لأشهب، وهو مبني على أن العقد لا يتعدد بتعدد المعقود عليه.

وقال ابن القاسم: إن المجاح من الجنس إنما يوضع بشرطين:

أحدهما: أن تكون قيمة ذلك الجنس الثلث بالنسبة إلى قيمة جميع الأجناس.

الثاني: أن يكون أجيج منه ثلث مكيلته، فإن فقد أحدهما فلا يوضع.

ونسبه المصنف لابن القاسم كالباجي، ونسبه ابن يونس لابن المواز قال: وهو كقول ابن القاسم فيمن اشترى داراً وفيها ثمر طابت فاشترطها المكترى، وهي أكثر من الثلث فذلك جائز، فإن أصيب منها أقل من ثلث الثمرة أو كانت الثمرة كلها أقل من الثلث فلا جائحة فيها.

ومقتضاه أنه لا نص لابن القاسم في عين المسألة، وقد ذكر ابن يونس أنه طالع الأمهات في هذه المسألة وعول عليها.

والضمير في (ينسب) عائد على الجنس لا على المصاب منه.

قال في «البيان»^(٢): أما لو اشترى حوائط في صفقة واحدة فحكمها في الجائحة حكم الحائط الواحد إن بلغ المجاح ثلث ثمرة الجميع وضع عن المبتاع ثلث الثمن، كان الذي

(١) «البيان والتحصيل» (١٢ / ١٤٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢ / ١٤٤ - ١٤٥).

أجيج بعض حائط أو من كل حائط، هذا إن كان الثمر من صنف واحد متساوياً في الطيب أو قريباً بعضه من بعض، واختلف إذا كان بعضه أفضل أو أطيب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا قيمة في ذلك، وإنما يعتبر ثلث الثمر، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: إن بلغ المجاح ثلث الثمر أو أكثر وضع عن المشتري ما ينوب ذلك من الثمن.

وإن أجيج أقل من الثلث لم يوضع عنه شيء وإن كان ذلك من الثمن أكثر من الثلث، وهو قول أصبغ.

والثالث: إن أجيج ما قيمته من ذلك الثلث فصاعداً وضع، وإن كان عشر الثمرة، وإن

كان قيمة الذي أجيج أقل من الثلث لم يوضع، وإن كان تسعة أعشار الثمرة، وهو قول أشهب.

وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ مَا بَقِيَ وَإِنْ قَلَّ بِخِلَافِ مَا اسْتَحَقَّ مِنَ الطَّعَامِ لِدُخُولِهِ عَلَيْهَا

يعني: إذا بقي بعد الجائحة شيء يلزم المشتري بما ينوبه من الثمن ولو قل، بخلاف ما

إذا استحق بعض المبيع على ما تقدم.

وفرق المصنف بينهما بأن الجوائح متكررة، والمشتري قد دخل عليها فيلزم ما بقي

لدخوله عليها، بخلاف الاستحقاق فإنه لندوره مما لم يدخل عليه.

وَمَنْ اشْتَرَى عَرِيَّتَهُ فَفِيهَا الْجَائِحَةُ، خِلَافًا لِأَشْهَبَ

هذه أحسن مما في بعض النسخ - عرية بغير إضافة - فإن الخلاف إنما هو إذا اشتراها

المعري أو من ينتزل منزلته، فوجه المشهور أنه مشتري، ووجه قول أشهب أنه معروف،

وأطلق الخلاف وهو مقيد بوجهين:

أولهما: أن يكون اشتراها بخرصها؛ إذ لو اشتراها بغيره لكانت كسائر البيوعات.

ثانيهما: أن يكون على ثمر نخلة معينة، ذكره الباجي^(١)، إذ لو كانت أوسعاً من حائط

فلم يبق إلا مقدار تلك المكيلة لزم المبتاع أداؤها، بمنزلة من أوصى بثمرة حائطه يعطى

إنساناً، ولآخر منه بخمسة أوسق فتلفت الثمرة إلا خمسة أوسق فإن جميعها له دون من

أوصى له بسائر الثمرة، قاله في «المبسوط».

وَمَنْ اسْتَشْنَى مِنَ الثَّمَرَةِ مَكِيلًا مَعْلُومًا فَأَجِيحَتْ بِمَا يُعْتَبَرُ وَضِعَ مِنَ الْمُسْتَشْنَى بِقَدْرِهِ،
وروي: لَا يُوَضَعُ شَيْءٌ...

قوله: (مَكِيلًا مَعْلُومًا) أي: الثلث فأدنى - كما تقدم - مثاله: لو استثنى عشرة أراذب من ثلاثين فأجبح ثلث الثمرة، فلا خلاف أنه يحط عن المشتري مقابل المجاح من الثمن. واختلف: هل يحط ثلث العشرة؟ في ذلك روايتان:

الأولى: أنه يحط.

قال في «البيان»^(١): وهي رواية ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم عن مالك، وبها أخذ ابن القاسم وأصينغ، وهذا على القول بأن المستثنى بمنزلة المشتري؛ لأنه إذا باع حائطا واستثنى منه عشرة أراذب، فكأنه في التمثيل على هذا القول قد باع جميع الثمرة، وفيها ثلاثون إردبًا بعشرة دنانير، وبعشرة أراذب التي استثنى، فإن أجبح من ثمر الحائط نصفه سقط عن المشتري نصف الثمن، وهو نصف العشرة دنانير، ونصف العشرة أراذب المستثناة؛ لأنها من ثمرة الحائط، وكذلك على هذا القياس.

والثانية: رواية ابن وهب: لا يوضع من العشرة أراذب شيء.

وقال في «البيان»^(٢): لأن المستثنى مبقى؛ لأنه على هذا القول إنما باع من حائطه ما بقي بعد ما استثنى؛ لأن الذي استثناه أبقاه على ملكه لنفسه ولم يبعه. وقوله: (فَأَجِيحَتْ بِمَا يُعْتَبَرُ) احترز به مما دون الثلث؛ إذ لا يوضع حينئذ من المستثنى بقدره، ويأخذ البائع جميع ما استثنى.

فَإِنْ اشْتَرَى الثَّمَرَةَ مَعَ الْأَصْلِ فَلَا جَائِحَةَ

هذا ظاهر، وهو مفهوم مما تقدم من قوله: (ويشترط أن يكون مفردًا عن أصله)، ولعله أعاده ليرتب عليه ما بعده.

وَلَوْ اشْتَرَى الثَّمَرَةَ بَعْدَ صَلَاحِهَا ثُمَّ الْأَصْلَ فَفِيهَا الْجَائِحَةُ

أي: لوجوبها بشراء الأصل، ويمكن أن يجري فيها قول بسقوطها من أحد القولين في

(١) «البيان والتحصيل» (١٢ / ١٥٥).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٢ / ١٥٥).

أن اللاحقات للعقود تقدر واقعة فيها، أما لو اشتراها أولاً قبل بدو الصلاح على القطع ثم اشترى الأصل فله إبقاؤها ولا جائحة.

ابن يونس: وتحصيل المسألة أنه إن اشترى الأصل والثمرة وهي مزهية فاشترها بعد الأصل قولان، أو غير مزهية تبعاً أو غير تبع فلا جائحة في الثمرة.

وإن اشترى بعضها بعد بعض وهي غير مزهية فكذلك لا جائحة فيها، وإن كانت مزهية فاشترها بعد الأصل فقولان.

فَإِنْ اشْتَرَى الْأَصْلَ ثُمَّ الثَّمَرَةَ بَعْدَ صَلَاحِهَا فَقَوْلَانِ

هذه عكس التي قبلها، وهي أن يشتري الأصل أولاً ثم الثمرة، فإن اشترها قبل بدو صلاحها فاختلف في جواز شرائها على قولين، فإذا فرعنا على الجواز فلا جائحة فيها. انتهى.

وعن هذه الصورة احترز المصنف بقوله: (بعد بدو صلاحها)، وهذه المسألة يتصور فيها إذا استثنى البائع الثمرة قبل زهوها.

خليل: وهي تأتي على المشهور أن المستثنى مبقى، وأما على القول بأنه مشترى فلا يجوز للبائع الاستثناء، والقولان اللذان حكاهما المصنف إذا اشترها بعد بدو صلاحها لابن القاسم، ومذهب «المدونة» سقوط الجائحة كما لو اشترها مع الأصل بعد بدو الصلاح، والقول بثبوتها لابن القاسم في «الأسدية» و«الموازية».

ابن يونس: كأنه يقول: السقي على البائع فحق التوفية باقٍ عليه.

وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ تَحَالُفًا وَتَفَاسُخًا اتِّفَاقًا

يدخل تحت لفظ المتبايعين كل متبايعين نقداً أو نسيئة، سلماً أو غيره، والأصل فيه ما رواه مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يحدث أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا بَيِّعِينَ تَبَايَعَا فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَتَرَادَانِ»^(١).

وذكر أبو عمر أنه مشهور عند العلماء تلقوه بالقبول، وبنوا عليه كثيراً من الفروع، فقد

(١) أخرجه مالك (١٣٥٠) والترمذي (١٢٧٠) وابن ماجه (٢١٨٦) وأحمد (٤٤٤٥) والدارمي (٢٥٤٩) وأبو يعلى (٤٩٨٤) والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٩٥) وصححه الألباني - رحمه الله.

اشتهر عندهم بالحجاز والعراق شهرة يستغنى بها عن الإسناد، كما اشتهر حديث: «لا وصية لوارث»^(١).

وليس في الحديث ذكر التحالف، إلا أن أهل العلم تأولوه على ذلك.

وحكى المصنف وغيره الاتفاق على التحالف والتفاسخ؛ يعني أنه ليس قول أحدهما أولى من قول الآخر، ولم يقر البائع بإخراج سلعته بما قال المشتري جملة ولا تفصيلاً. وحكى ابن حبيب وغيره عن ابن القاسم في الكراء أن القول قول الساكن إن خرج، فيخرج عليه قول في البيع أن يكون القول قول المشتري إن فات المبيع.

وخرج عبد الحميد قولاً بأن يكون القول للبائع مما في «المدونة» فيمن صبغ الثوب أسود فادعى ربه أنه عقد معه على أن يصبغه أحمر أن القول قول الصباغ مع اختلافهما في الجنس؛ لأن الصباغ يدعي أنه باعه سواداً، ورب الثوب يدعي أنه اشترى معصراً.

وفرق المازري بأن صاحب الثوب لما دفع ثوبه إليه فكأنه ائتمنه عليه، وبأن صاحب الثوب يدعي على الصباغ تعدياً يوجب عليه تعمیر ذمته بقيمة الثوب، والأصل عدمه.

وفي نوعه كذلك، وقيل: كمقدار الثمن

أي: وإذا اختلفا في نوع الثمن فقال البائع: بعثك بقمح، ويقول الآخر: بشعير، فالمشهور أنهما يتحالفان ويتفاسخان.

قال في «الجواهر»^(٢): قيل: يجري مجرى الاختلاف في قدر الثمن.

وهذا هو القول الثاني في كلام المصنف.

للخمي: وذهب ابن الماجشون إلى أنهما لا يتحالفان، قال: لأنهما اتفقا على جنس واحد، واختلفا في جودته.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يريد المصنف ما لو ادعى أحدهما سمراء والآخر محمولة، فقال ابن حبيب: هو كما لو ادعى أحدهما جيداً والآخر رديئاً، وكما لو اختلفا

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠) والترمذي (٢١٢٠) وابن ماجه (٢٧١٣) وأحمد (٢٢٣٤٨) والدارقطني (٣/ ٤٠) والبيهقي في «الكبرى» (١١٩٨٢) من حديث أبي أمامة رضي الله عنه وصححه الألباني - رحمه الله.

(٢) «الجواهر» (٢/ ٥٤٤).

في القدر، وذهب فضل بن مسلمة أن الواجب هو التحالف والتفاسخ، فحمله بعضهم على أنهما عنده كالجنيين، وبعضهم على أنهما كالجنس الواحد، إلا أنه على القول بالتحالف والتفاسخ مطلقاً، ولو كان السلم والبيع بالنقد بالخيار، فقال أحدهما: إنا عقدنا على ذكران، وقال الآخر: على إناث.

فرده المازري للاختلاف في الجنس لتباين الأغراض؛ فإن الإناث تراد للنسل، قال: بخلاف ما لو كان الاختلاف في ذكران البغال أو إناثها، فإن ذلك راجع إلى الاختلاف في الصفة؛ لأن إناث البغال لا تراد للنسل.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي مَقْدَارِ الثَّمَنِ فَأَرْبَعُ: ابْنُ وَهْبٍ: يَتَحَالَفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ مَا لَمْ يَقْبِضِ الْمُشْتَرِي السَّلْعَةَ فَيُصَدِّقُ مَعَ يَمِينِهِ لِلْيَدِ، ابْنُ وَهْبٍ أَيْضًا: مَا لَمْ يَبَيِّنْ بِهَا لِلْبَيْتُونَةِ، «الْمَدُونَةُ»: مَا لَمْ تُفْتِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي لِلْفَوَاتِ، أَشْهَبُ: مُطْلَقًا، وَإِنْ فَاتَتْ فَالْقِيَمَةُ، وَاخْتَارَهُ الْمَازَرِيُّ...

أي: فأربع روايات، ولذلك أسقط التاء، وتصور الأولى واضح، و(اليَد) يريد بها الحوز، وتبع المصنف في نسبتها لمالك ابن شاس^(١).

ابن عبد السلام: وقد حكى ذلك غير واحد، وهو خلاف ما ذكره ابن أبي زيد والباجي وسند عن ابن المواز أن مالكا لم يختلف قوله قبل التفرق أنهما يتحالفان ويترادان. وقوله: (فَيُصَدِّقُ مَعَ يَمِينِهِ)، قال في «الموازية»: إلا أن يدعي ما لا يشبه، وكذلك تصور الثانية ظاهر.

وارتفع ابن وهب إما بفعل مضمر؛ أي: وروى ابن وهب، أو على حذف مضاف على أنه خبر لمبتدأ محذوف؛ أي: الثانية رواية ابن وهب، وما في «المدونة» هو المشهور، وسيأتي تفسير الفوات.

زاد في «المدونة»^(٢): إذا أتى المشتري بما يشبه من الثمن، قال: وفي تضمين الصنع منها: وثبت مالك على هذا.

زاد في «الواضحة»: وما علمت أن أحداً اختلف قوله فيها من أصحابه المدنيين.

ابن عبد السلام: الرواية الرابعة للمازري: وبها كان يفتي شيخنا، وأنا أفتي، وهو

(٢) «المدونة» (٣/ ٤٠٦).

(١) «الجواهر» (٢/ ٥٤٤).

معنى قوله: (وَاخْتَارَهُ الْمَازِرِيُّ) لعموم الحديث في قوله: (بِتَحَالْفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ).

ابن بشير: وحكى بعضهم عن «كتاب ابن حبيب» قولاً خامساً أن القول قول المشتري ولم يوجد فيه، وتقييده في «المدونة» الفوات بيد المشتري، مفهومة أنه لو فاتت في يد البائع لم يكن القول قوله.

ووقع لابن القصار ما يقتضي أن القول قول المشتري ولم يوجد فيه، فإنه سوى بين فواتها بيد المشتري أو بيد البائع في أن ضمانها منه. وللقاضي إسماعيل ما يقتضي أنهما يتحالفان.

المازري: وخرج الأصحاب ما إذا فاتت بيد البائع على اختلاف قول مالك في المحبوسة في الثمن، فإن قلنا ضمانها من البائع لا يكون القول قول المشتري؛ إذ لا غرامة عليه.

وإن قلنا ضمانها من المشتري ترجح قوله كما لو كانت في يده، قال: ويعرض هنا بحث آخر، وهو أن المشتري الذي صار راهناً لا يصدق في مبلغ الدين إذا ادعى أقل من قيمة الرهن، والمرتهن لا يعمر ذمة الراهن بما لم يقر أنه رهن به، وإنما له حبس السلعة، والرهن شاهد على نفسه لا على الذمة على مشهور المذهب، فإن كان المبيع جارية وحدث بها في أيام احتباسها عور - وهو ربع قيمتها - صار هذا الربع قد فات بيد المشتري، فيصدق في مقدار ثمنها كما يصدق في ثمن السلعة جميعها في يده، ويتحالفان في ثلاثة أرباع الجارية التي بقيت منها، ويقع فيها التفاسخ، فيحلف المشتري لينفي عن ذمته ما يطلب البائع منه، ويحلف البائع لثلاث يؤخذ من يده الرهن بما لم يقر به مما هو مصدق في كون الرهن ليس برهن فيما هو أقل منه.

والى تصديق المشتري في ثمن ما فات والتحالف في ما لم يفت ذهب ابن عبدوس.

ويدل على اعتباره ما رواه ابن ماجه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع».

ومفهومه: إن لم تكن قائمة لم يترادا فينبغي التحالف.

وَيُعْتَبَرُ الْأَشْبَهُ عِنْدَ الْفَوَاتِ اتِّفَاقًا، وَلَا يُعْتَبَرُ وَهِيَ قَائِمَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَفِي الْفَوَاتِ

بِحَوَالَةِ الْأَسْوَاقِ قَوْلَانِ...

إذا ادعى أحدهما ما يقرب من الصدق وادعى الآخر ما لا يشبه فإن كانت السلعة فاتت فالقول قول من ادعى الأ شبه اتفاقاً؛ لأنه أتى بشاهد العرف على بطلان دعوى صاحبه، فيحلف معه، كما لو قام له شاهد واحد، فإن كانت قائمة فهل يرجح مدعي الأ شبه كالفوات؟ وهو قول مطرف وابن الماجشون، وصوبه الأ شياخ أولاً لقيام السلعة، وهو المشهور، والقولان لمالك.

ابن بشير: وهذا ينبغي أن يكون خلافاً في حال، فإن ادعى أحدهما الأ شبه، فينبغي ألا يختلف أن القول قول من ادعى الأ شبه، وإن ادعى الآخر ما هو ممكن ويتغابن الناس بمثله، فلا يلتفت إلى الأ شبه.

وحيث قلنا: إن القول قول مدعي الأ شبه عند الفوات فالفوات يكون بذهاب العين أو بتغير الذات، وهل يكون بحوالة الأسواق وهو مذهب «المدونة» حتى في المكيل والموزون، أو لا وهو قول أشهب وعبد الملك؟ والأقرب مذهب «المدونة»؛ لأن سكوت البائع عن طلب الثمن وعن بيان مقداره حتى تتغير سوقها دليل على الكذب.

وَفِي الْبِدَايَةِ ثَالِثُهَا بِالْقُرْعَةِ، وَالْمَشْهُورُ تَقْدِمَةُ الْبَائِعِ.

تصور كلامه ظاهر، فوجه المشهور وهو قوله في «المدونة»: قوله عليه الصلاة والسلام: «القول ما قال البائع».

لأن الأصل استصحاب ملكه، والمشتري يدعي إخراجه بغير ما رضي به.

والثاني: رواه يحيى عن ابن القاسم في «العنبة»^(١)، ووجه مقابله أن البائع مقر بالبيع ونقل الملك للمشتري، ومدع لزيادة الأصل عدماً.

والثالث: ابن عبد السلام: للأ شياخ ولبعضهم أن الحاكم مخير في تعيين المبدأ منهما. فإن قلت: فهل قوله في «المدونة» في تضمين الصانع إذا جهل ورثة البائع والمشتري الثمن فيبدأ بورثة المشتري مخالف للمشهور؟

فالجواب: لا؛ لأن الجهل عندهم يتنزل منزلة الفوات.

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٥٩).

قال في «البيان»^(١): ولو اتفق المتبايعان على مقدار الثمن واختلفا في مقدار المثلون لبدئ بالمشتري؛ لأنه بائع للثمن، ومثله في «العتبية»^(٢)، وحكى عن شيوخه خلاف ذلك.

وفي كونه أولى أو واجباً قولان.

أي: في كون تقدمه البائع على جهة الأولوية أو الوجوب قولان، والأقرب الوجوب؛ لأن الحاكم يحكم بتقدمة البائع ولا يحكم بالمندوبات.

وهذان القولان ذكرهما ابن بشير وابن شاس ولم أقف عليهما، ولعلهما أخذوا القولين من الخلاف المذكور في تناكلهما.

ولو تناكلا فقال ابن القاسم: يُفسخ كما إذا تحالفاً، وقال ابن حبيب: بما قال البائع بناءً على أن تقدمه أولى أو واجب....

أي: إذا نكل كل واحد منهما عن اليمين فقال ابن القاسم في «الموازية»^(٣): ينتقض البيع كما ينتقض إذا تحالفا لاستوائهما، وذكره في «المدونة»^(٤) عن شريح قاضي علي بن أبي طالب رضي الله عنهما.

وقال ابن حبيب: يمضي البيع بما ادعاه البائع.

ابن يونس: وجهه أن البائع أقوى؛ لأنه المبدئ باليمين، والأصل في كل من كان القول قوله فنكل عن اليمين أن يحلف الآخر، ويكون الأمر على ما قال، فإن نكل كان الأمر على ما قاله الأول. انتهى.

وفرق بأن يمين المدعى عليه تُسقط دعوى المدعي، ونكوله عنها يوجب يمين المدعي، وإذا نكل المدعي ترجح قول المدعى عليه، ولا يحتاج إلى يمين؛ لأنه قد نكل عنها أولاً، بخلاف يمين البائع فإنها لا تُسقط دعوى المشتري، بل يبقى مطلوباً باليمين مثلما كان البائع مطلوباً، فلا يلزم من نكوله بعد نكول البائع أن ترجح دعوى البائع عليه، وذكر عبد الوهاب قولاً آخر أن القول إذا تناكلا قول المشتري بناءً على أنه مقدم باليمين، وبني المصنف

(١) البيان والتحصيل (٧ / ٤٦١).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٦١).

(٣) في ط: المدونة.

(٤) «المدونة» (٣ / ٢٢٣).

تبعاً لابن بشير وابن شاس قول ابن القاسم على أن تقديم البائع أولى، وقول ابن حبيب على أنه واجب، وفيه نظر، فإننا نمنع استلزام الوجوب لقبول قول البائع، ونمنع استلزام الأولوية للفسخ.

وَفِي تَحْلِيلِهِ عَلَى دَعْوَاهُ قَوْلَانِ .

هذا تفريع على قول ابن حبيب؛ أي: إذا قلنا: البيع يمضي بما قاله البائع، فقال أكثر الشيوخ: يقضى للبائع بغير يمين، وهو مقتضى إلحاقه بسائر الدعاوى كما تقدم.

وقال الباجي^(١). لا بد من اليمين؛ لأن اليمين الأولى لا يستحق بها ما ادعاه؛ لأن للمبتاع إسقاطها بيمينه، فلما نكل عنها ثم نكل المشتري لم يكن بد من يمين أخرى.

قال في «البيان»^(٢): وهو الصواب.

وَإِذَا حَلَفَا افْتَقَرَ إِلَى الْفَسْخِ خِلَافًا لِسُحْنُونٍ

قال في «المدونة»^(٣): وإذا تحالفا ولم يحكم بالفسخ فللمشتري قبولها.

وقال سحنون: بل بنفس التحالف يفسخ العقد كاللعان.

وذكر بعضهم ثالثاً: وهو بقاء العقد بينهما إلا يفسخاه بتراضيهما.

ابن عبد السلام: ولا ينبغي أن يعد ثالثاً، ولا ينبغي أن يختلف فيه، وإذا تراضيا فهو كحكم الحاكم أو أشد، وهو ظاهر من كتاب الإجازات، وقيل: إن كان تحالفهما بأمر الحاكم لم يفسخ حتى يفسخه الحاكم، وإن كان بتراضيهما وقع الفسخ بمجرد أيمانهما، وقيل بعكس هذه التفرقة.

ورفع عبد الحميد الخلاف بين الأولين، فحمل الأول على أن يمينهما كانت لنفي الريبة عن أنفسهما وصدقهما في دعواهما، والثاني على أن يمينهما كانت لينفسخ البيع بينهما.

وَمَثَرَتُهُ أَنْ يَرْضَى أَحَدُهُمَا بِقَوْلِ الْآخَرِ .

أي: وثمرة الخلاف، وتصوره ظاهر.

(١) «المنتقى» (٦ / ٤٤٢).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٦١).

(٣) «المدونة» (٣ / ٩٣).

وذكر الباجي ثالثاً أن للمبتاع أن يلزم البائع بما قال دون العكس، وحمل «المدونة»^(١) عليه لقوله فيها: إلا أن يشاء المبتاع.

وَيَنْفَسِخُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا عَلَى الْأَصَحِّ.

أي: إذا قلنا بالفسخ بالحكم أو بالتحالف فاختلف: هل يفسخ العقد في الظاهر والباطن ويأثم الظالم منهما، أو في الظاهر خاصة؟ وهو في نفس الأمر منعقد على ما ادعاه المحق.

وما صححه المصنف ذكر سند أنه ظاهر المذهب، ورجح الثاني بأن أصل المذهب أن حكم الحاكم لا يحل حراماً، وسيأتي بيان ذلك في الأقضية.

وأجيب بأن مسألة البيع قد أوجب النبي ﷺ فيها رد البيع، ورد المبيع يوجب انتقاضه، وفيه نظر، لأن النبي ﷺ إنما ردها في الظاهر.

فرع :

إذا بنينا على أنه إنما يفسخ في الظاهر فمن حجة البائع أن يبيع السلعة؛ لأنه يقول: لي في ذمة المشتري دين معني منه، وقد عثرت على سلعة له، ولا يمكن أخذها من ديني إلا بعد بيعها، فإن ساوت مثل الثمن فلا كلام، وإن ساوت أقل بقي باقي الثمن دينا لي عليه، وإن ساوت أكثر رد الفضلة، وبين أصحاب الشافعي اختلاف: هل يبيع ذلك لنفسه لأجل تعذر الرفع إلى الحاكم في مثل هذا أو يتولى الحاكم البيع؟ والأشبه بظاهر مذهبنا رفعه إلى الحاكم ليتولى البيع عليه، قاله المازري.

ابن عبد السلام: والذي أفهم أنا من قواعد مذهبنا أنه لا يلزمه ذلك، بل له أن يتولى البيع بنفسه.

وَتَمَرَّتْهُ حِلُّ الْوَطْءِ وَغَيْرِهِ.

أي: فعلى الأصح يحل للبائع الانتفاع بالمبيع وطناً وغيره، ولا يحل ذلك على القول الآخر؛ لأنه على ملك المشتري، إما بما ادعاه هو أو بما ادعاه البائع، وإنما بقي له دين في ذمة المشتري.

وَيَحْلِفُ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى خَصْمِهِ، وَقِيلَ: مَعَ تَحْقِيقِ دَعْوَاهُ، فَإِنْ نَكَلَ الثَّانِي فَلَا بُدَّ مِنْ

الثَّانِي، وَلِهَذَا قَالَ اللَّخْمِيُّ: لَهُ أَنْ يَجْمَعَهُمَا...

مثاله: لو ادعى البائع أنه باع بعشرة وادعى المشتري أنه اشتراها بثمانية، فيحلف على نفي دعوى خصمه، فيقول البائع: والله ما بعته بثمانية؛ إذ المقصود نفي دعوى الخصم، وهذا القول حكاه اللخمي، واقتصر عليه صاحب «البيان»^(١) وأنكره المازري، والمشهور هو القول الثاني، وهو أن كل واحد منهما يحلف في يمين واحدة على نفي دعوى خصمه وإثبات دعواه، فيحلف البائع ما بعته بثمانية ولقد بعته بعشرة، نص عليه فيها في تضمين الصناع، وعلى هذا ففي تقديم المصنف للأول نظر.

وقوله: (فَإِنْ نَكَلَ الثَّانِي) وهو المشتري على المشهور (فَلَا بُدَّ مِنَ الثَّانِي) أي: أن يحلف البائع على إثبات دعواه؛ إذ لا يلزم من نفي البيع بثمانية أن يكون حصل بعشرة لجواز أن يكون وقع بتسعة.

وكذلك إذا بنينا على تبديء المشتري، فإذا حلف المشتري ما اشترت بعشرة، ونكل البائع أن يكون باعها بثمانية، فلا بد للمشتري بعد ذلك أن يقول: ولقد اشتريتها بثمانية. ولما كان في كل من القولين راجحية من وجه ومرجوحية من آخر، فأما راجحية الأول فلأنه لم يلزم الحالف إلا بالقدر المضطر إليه، وأما مرجوحيته فلكونه ألزمه اليمين مرتين. وأما راجحية الثاني فلكونه ألزمه اليمين مرة واحدة، وأما مرجوحيته فلأنه ألزمه أولاً بنفي ما لم يلزمه.

قال اللخمي: الخيرة في ذلك للحالف؛ فإن شاء قلل الأيمان على نفسه فيجمعها أولاً، وإن شاء التزم تكرار اليمين فيحلف أولاً على النفي ويؤخر يمين الإثبات حتى ينكل صاحبه.

وَالِاخْتِلَافُ فِي الرَّهْنِ وَالْحَمِيلِ كَذَلِكَ.

أي: كالمقدار. فبتجيء الأربعة الأقوال وما يتعلق بذلك من الفروع؛ لأن الثمن يزيد بعدمهما ويقل بوجودهما، وهذا هو الظاهر.

وإن كان وقع في المذهب ما يدل على أن الرهن لا حصة له من الثمن، كما سيأتي في باب الرهن.

وَإِذَا اِخْتَلَفَا فِي تَعْجِيلِهِ وَتَأْجِيلِهِ حُكْمَ بِالْعَرَفِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكَذَلِكَ، وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ، وَقِيلَ فِي الْبَعِيدِ وَالْقَرِيبِ كَذَلِكَ...

أي: قال البائع: بعته بنقد، وقال المشتري: بل بنسيئة، فالقول قول من ادعى العرف مع يمينه إن كان عرف، وإن لم يكن عرف فكَذَلِكَ؛ أي: يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت، هكذا نقل ابن بشير هذا القول، وقال: إنه الأصل.

وعلى هذا فكلامه يشتمل على ثلاثة أقوال، ويحتمل أن يريد بقوله: وإن لم يكن عرف فكَذَلِكَ؛ أي: كالاختلاف في الثمن فتأتي الأربعة الأقوال.

وعلى هذا الوجه اقتصر ابن عبد السلام، ويكون قوله: (وقيل) قولاً خامساً.

ويترجح هذا بأن الغالب من كلام المصنف إذا قال كذلك أنه إنما يريد الاختلاف في قدر الثمن، ويرجح الأول موافقة ابن بشير، وأيضاً فلأن قوله في القول الآخر، وقيل: في البعيد والقريب كذلك، إنما يمكن فهمه على أن المراد يتحالفان ويتفاسخان، ولا يمكن أن يريد فتأتي الأربعة الأقوال؛ لأنه يقال: إن في قوله تفصيلاً مشتملاً على أربعة أقوال. وقوله: (وقيل: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ).

ابن عبد السلام: ظاهره سواء كانت السلعة قائمة أو فائتة، وسواء كان فيها عرف أو لم يكن، وهذا يشبه قول ابن القاسم في كتاب الرهن. انتهى. وهو منصوص لمالك في «الواضحة» من رواية مطرف أن البائع مصدق مع يمينه فاتت السلعة أو لم تفت.

قوله: (وقيل في البعيد) أي: وقيل: إن القول قول البائع في الأجل البعيد، وأما القريب فكَذَلِكَ؛ أي: فيتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت كالاختلاف في قدر الثمن، هكذا نقل ابن بشير وصاحب «الجواهر»^(١) هذا القول.

تنبيه :

مقتضى كلام ابن بشير وابن شاس أن القول الثاني ليس خلافاً للأول؛ لأنهما لما قالوا: وقيل: القول قول البائع، قالوا: وهو بناء على أن العادة التعجيل.

واعلم أن مسائل الأجل ثلاث:

الأولى: أن يختلفا في أصل الأجل، وهي هذه المسألة.

الثانية: أن يتفقا عليه ويختلفا في انقضائه، وهي الآتية؛ أعني قوله: (وإذا اختلفا في انتهائه)

والثالثة: أن يختلفا في مقداره، كما لو قال: بعثك إلى شهر، وقال المشتري: بل إلى شهرين.

المازري: فيجري فيه الخلاف الذي في مقدار الثمن، قال: ولم يختلف المذهب في هذا.

وحصل في «البيان»^(١) المسألة على غير هذه الطريقة، وجمع في المسائل الثلاث ثمانية أقوال:

أحدها: رواية ابن وهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان ما كانت السلعة بيد البائع، فإن دفعها إلى المبتاع كان القول قوله سواء أقر بأجل أو لم يقر به، وهو اختيار سحنون.

الثاني: يتحالفان ويتفاسخان ما كانت السلعة بيد البائع، فإن دفعها إلى المبتاع كان القول قول البائع إن لم يقر بأجل، والقول قول المبتاع إن أقر به.

الثالث: يتحالفان ويتفاسخان، وإن قبض المبتاع السلعة ما لم تفت، فإن فاتت كان القول قول البائع إن لم يقر بأجل، وقول المبتاع إن تقاررا على الأجل أو اختلفا فيه، وهذا أحد قولي مالك وابن القاسم، وهو المشهور عنه.

الرابع: يتحالفان ويتفاسخان، وإن قبض المبتاع السلعة ما لم تفت، فإن فاتت فالقول قول المشتري وإن لم يقر المبتاع بأجل، وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ.

الخامس: أن القول قول المشتري إذا ادعى من الأجل ما يشبه - كانت السلعة قائمة أو فائتة - وروي هذا عن ابن القاسم.

السادس: أن البائع إن لم يقر بأجل كان القول قوله ما لم يدفع السلعة، فإن دفعها كان القول قول المشتري.

السابع: أن البائع إذا لم يقر بأجل فالقول قوله، وإن دفع السلعة ما كنت قائمة فإن

(١) «البيان والتحصيل» (٧ / ٤٩٩، ٥٠٠).

فات كان القول قول المشتري، وروي أيضا هذا القول عن ابن القاسم، وهو قول العراقيين.

الثامن: أن القول قول البائع إن لم يقر بأجل كانت السلعة قائمة أو فائتة، وإن أقر بأجل كان القول قول المشتري كانت السلعة أيضا قائمة أو فائتة فلا يتحالفان ولا يتفاسخان في شيء، وهو قول مالك في رواية مطرف عنه.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي انْتِهَائِهِ فَقَطُّ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُنْكَرِ التَّقْضِي

أي: إذا اتفقا على الأجل واختلفا هل انقضى أم لا؟ كما لو اتفقا أن البيع وقع إلى شهر واختلفا هل انقضى أم لا؟ وذلك مستلزم لاختلافهما في أوله، وكان القول قول منكر التقضي؛ لأن الأصل أن لا معاملة بينهما إلا بعد الثبوت، وفي تضمين الصانع: وإن تصادقا على أن الأجل شهران وادعى البائع حلوله وأنكر المبتاع حلف المبتاع وصدق.

زاد في «الواضحة» عن ابن القاسم: وكذلك إن اختلفا في مقداره.

واعلم أن قول المصنف: (مُنْكَرِ التَّقْضِي) أعم فائدة من قول غيره «قول المبتاع»؛ لأن المبتاع كما ينكر التقضي كذلك أيضا قد ينكر المسلم التقضي، فيكون القول قوله، وكذلك يتصور فيما فيه ضمان.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي قَبْضِ الثَّمَنِ أَوِ السَّلْعَةِ فَالْأَصْلُ بَقَاؤُهُمَا، وَيُحْكَمُ بِالْعُرْفِ فِي بَعْضِهَا كَاللَّحْمِ وَالْبَقْلِ إِذَا بَانَ بِهِ، وَكَغَيْرِهِمَا إِذَا طَالَ الزَّمَانُ طَوْلًا يَقْضِي الْعُرْفُ بِخِلَافِهِ، وَيَرْجَعُ إِلَى الْعَوَائِدِ...

يعني: إذا اختلف المتبايعان في قبض الثمن بأن يقول البائع: ما قبضته، ويقول المشتري: بل أقبضته، أو السلعة بأن يقول المشتري: لم أقبض السلعة، ويقول البائع: أقبضتها لك - فالأصل بقاءهما؛ أي: بقاء الثمن في ذمة المشتري وبقاء السلعة في يد البائع؛ لأن الأصل عدم خروج الثمن من ذمة المشتري إلا بينة أو إقرار، وكذلك المثلون الأصل بقاءه بيد البائع، ثم ذكر أن العرف يقدم على الأصل في مثل اللحم والبقل، وشبه هذه الأشياء في «المدونة» بالعرف؛ إذ العرف في مثل هذه الأشياء إعطاء الثمن قبل التفرق.

وحكى المازري الاتفاق على اعتبار العادة هنا.

وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في هذه الأشياء بين أن تكثر أو تقل، وهو قول ابن أبي زمنين، ونقله عن ابن القاسم، وأنكر ذلك يحيى بن عمر فيما كثر، وجعله كسائر السلع القول فيه قول البائع.

وقيد المصنف كون القول قول المشتري بالبينونة «كالمدونة»^(١) لاتفاق المذهب على رجحان قول المشتري حينئذ، ومفهومه أنه لا يفيد قبلها، وفيه تفصيل إذا قال: دفعته إليه بعد قبض الرطب، فالقول قول الرطاب باتفاق، وإن قال: دفعته قبل قبض الرطب فثلاثة أقوال:

أحدها: أن القول قول البائع، وهو ظاهر قول مالك في «العتبية».

والثاني: أن القول قول المبتاع، رواه ابن القاسم في «الموازية».

الثالث: أن القول قول المشتري في كل ما الشأن فيه قبض ثمنه قبل قبض المثلون، وهو قول ابن القاسم في «الموازية»، حكاه ابن رشد^(٢).

وحكى غيره في المسألتين قولين سواء قال: دفعته قبل قبض الرطب أو بعده، أما إن لم يقبض المشتري المثلن وادعى أنه دفع الثمن فلا خلاف أنه لا يعتبر قوله.

وقوله: (وَكَغَيْرِهِمَا) أي: وكذلك القول قول المشتري في غير البقل واللحم كاللوز والعروض مما لم يجر العرف فيه بالقبض، بشرط الطول لشهادة العرف حينئذ؛ لأن البائع لا يصبر إلى مثل هذا الزمان، وهذا هو الأصل أنه يرجع إلى العرف، ووقع في الرواية التحديد بالزمان، فمن ذلك ما قاله ابن حبيب: أما الرقيق والدور والدواب والرباع وشبه ذلك مما لا يباع على الدين ولا على التقاضي، فالقول قول البائع في عدم القبض ما لم يمض لذلك السنة والستان، فالقول قول المبتاع ويحلف.

وأما التجارات مما يباع على التقاضي والأجل فالقول قول البائع، ما لم يمض لذلك عشر سنين أو أقل من ذلك مما لا يباع ذلك إليه، فيصدق المبتاع ويحلف، وروى ذلك مطرف وقال به.

وساوى ابن القاسم بين البز والربع وغيره مما عدا الحنطة والزيت، وجعل القول قول

(١) «المدونة» (٣ / ٩٣).

(٢) «البيان والتحصيل» (٧ / ٥٠١).

البائع في ذلك كله وإن بعد عشرين سنة حتى يجاوز الوقت الذي يجوز البيع إليه .

ابن محرر وابن يونس وغيرهما: والأصل في هذا أن يحمل على العرف في تلك السلعة ويقضى به ، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (وَيَرْجِعُ إِلَى الْعَوَائِدِ)، وكذلك قال ابن بشير: إن حظ الفقيه أن يحيل على العوائد .

وَالْمَثْمُونُ كَذَلِكَ .

يحتمل أن يريد: وإن اختلفا في قبض المَثْمُونِ فكذلك ؛ أي: الأصل بقاؤه، لكنه تكرار لقوله في صدر المسألة: (أَوِ السَّلْعَةِ) .

والظاهر أنه يريد: والاختلاف في قدر المَثْمُونِ كذلك ؛ أي: ففيه الأربعة الأقوال، وهكذا نص عليه المازري، ويؤيده أن الإشارة في كلامه بـ(ذَلِكَ) غالبا إنما هي في الخلاف . ويؤيده أيضا قوله بعد هذا: والاختلاف في قدر المسلم فيه كالاختلاف في قدر الثمن في النقد أو قدر المبيع .

فشبه بقدر المبيع، ولم يتقدم له ذكر إلا في هذا الموضع على هذا الحمل، ولا يقال: التشبيه في كلامه لإفادة الحكم؛ لأنه قد يفعل ذلك لأننا نقول: التشبيه على ما تقدم هو الأغلب فهو أولى، والله أعلم .

وإِشْهَادُ الْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ مُقْتَضٍ لِقَبْضِ الْمَثْمُونِ عُرْقا عَلَى الْمَشْهُورِ

أي: إذا أشهد المشتري على نفسه بتقرر الثمن في ذمته فذلك موجب لقبض السلعة لشهادة العرف بذلك، فإذا ادعى بعد ذلك أنه لم يقبض السلعة فالقول قول البائع على المشهور، وهل يحلف؟

قال أشهب في «العتبية»^(١): يحلف إن كان بحضرة البيع والإشهاد، قال: وأما إن كف حتى حل الأجل، فقال: لم أكن قبضت السلعة، فلا قول له ولا يمين، والشاذ لابن عبد الحكم أن القول قول المبتاع في عدم القبض .

فرع :

يشبه هذا في ترجيح الفرق إذا أشهد البائع على نفسه بقبض الثمن، ثم قام يطلبه

وقال: إنما أشهدت على نفسي ثقة مني بالمشتري، فهل يحلف المشتري له؟ فقال ابن المواز: يحلف، وأطلق، وروى ابن حبيب عن مالك وأصحابه أنه لا يحلف، وقال ابن حبيب: إلا أن يأتي بسبب يدل على ما ادعاه أو يتهم فيحلف.

والأكثرون على أن البائع إن قام على المشتري بقرب البيع حلف، وإلا فلا، إلا أن يكون بين المتبايعين قرابة أو صداقة تشبه معها دعوى البائع، فيحلف له المشتري، وإلا لم يحلف.

خليل: وانظر هل يتخرج قول ابن عبد الحكم هنا، أو تتخرج الأقوال التي هنا في اليمين في المسألة السابقة أم لا؟

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْخِيَارِ ثَلَاثَةٌ: الْبَيْتُ الْمَشْهُورُ؛ وَالْخِيَارُ؛ وَكَالْثَمَنِ
أي: إذا ادعى أحدهما أنه وقع على البت والآخر على الخيار فثلاثة أقوال:
المشهور: أن القول قول من ادعى البت؛ لأنه الغالب من بيع الناس.
الثاني لأشهب: أن القول قول مدعي الخيار؛ لأن الأصل عدم انتقال الملك.
ابن بشير: وبه كان يفتي من حقق النظر من أشياخي.

والثالث لبعض الشيوخ: أن ذلك كاختلاف المتبايعين في مقدار الثمن؛ لأن الثمن يختلف بالكثرة والقلة لاختلاف أحوال البيع من بت وخيار.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الصَّحَّةِ، فَفِيهَا: فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِيهَا، وَقِيلَ: إِنْ غَلَبَ الْفَسَادُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِيهِ، وَكَذَلِكَ قَالَ سَحْنُونٌ فِي الْمَغَارَسَةِ: الْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْفَسَادِ...

إذا اختلفا في الصحة والفساد فالمشهور وهو مذهب «المدونة» أن القول قول مدعي الصحة مطلقاً، وقيده ابن أبي زيد وغيره بأن يكون اختلافهما في ذلك لا يؤدي إلى الاختلاف في مقدار الثمن، كقول أحدهم: البيع وقع يوم الجمعة، والآخر ينكره، وأما إذا أدى إلى الاختلاف فيه فيجري على حكم الاختلاف في الثمن.

وفي ابن بشير: إن لم يؤد إلى الاختلاف في مقدار الثمن فالقول قول مدعي الصحة، وإن عده بالاختلاف في مقدار الثمن فطريقان:

إحداهما: أنه يعطى حكم الاختلاف في الثمن.

والثانية: حكم الاختلاف في الصحة والفساد.

وإذا قلنا: إنه كالاختلاف في الثمن فهل يتحالفان أو يحلف أحدهما؟ قولان: ظاهر ما في «الموازية» أنهما يتحالفان كالاختلاف في قدر الثمن، وقال المتأخرون: بل يقال الأيمان، وإذا قلنا بهذا فهل يبدأ بيمين مدعي الصحة رجاء أن ينكل فيفسخ البيع، أو يبدأ بيمين مدعي الفساد فإن نكل تم البيع من غير يمين؟ لهم في ذلك طريقان، وغرض الجميع تقليل الأيمان. انتهى.

وكان القول لمدعي الصحة؛ لأنها الغالبة في التعامل بين المسلمين، أو لأن البيع الصحيح هو الحقيقة، وعلى الأول فينبغي أن يكون القول الثاني تقييدا للأول ليس بخلاف، وهو قول عبد الحميد.

واحتج بقول سحنون في المغارسة: القول قول مدعي الفساد فيها؛ لأن الغالب فسادها في زمانه، ويقول ابن القاسم في «المدونة» في الزوجة إذا أرخى الستر وادعت أنه وطئها فالقول قولها، ولو كان ذلك في نهار رمضان الذي لا يحل الوطء فيه؛ لأن الغالب مبادرة الزوج حينئذ إلى الوطء.

[خليل]^(١): ولأن ابن القاسم وافق على مسألة المغارسة في رواية حسين وأبي زيد، ولم ينقله في «الجواهر»^(٢) على أنه خلاف كما فعل المصنف، والله أعلم.

تنبيه :

اعلم أن في اختلاف المتبايعين طريقين:

الأولى: للمتأخرين، وهي ما حكاه المصنف.

والثانية: لابن القصار سوى فيها بين اختلافهما في مقدار الثمن والمثمن وبين الاختلاف في الأجل والرهن والكفيل والبت، وذكر في الجميع ثلاث روايات، وأسقط من الأربعة المتقدمة رواية ابن وهب الثانية اعتبار البيئونة مع القبض، ورواها الطرطوشي.

وَالْاِخْتِلَافُ فِي السَّلَمِ كَذَلِكَ إِلَّا أَنَّ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ فِي قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ إِنْ كَانَ عَرَضًا كَالْمُسْتَتْرِ فِي النَّقْدِ فِي قَبْضِ السَّلْعَةِ وَفِي قَوَاتِهَا...

(١) سقط من ط.

(٢) «الجواهر» (٢ / ٥٥٠).

يحتمل أن يشير بذلك إلى اختلافهما في الصحة والفساد، أو اختلافهما في مقدار الثمن، أو إلى جميع ما تقدم، وعلى هذا فيحلف إذا اختلفا في القدر ويتحالفان ويتفاسخان إذا اختلفا في الجنس، وقد صرح في «المدونة»^(١) بذلك، وعلى هذا فلا بد من تخصيص كلامه بما عدا الاختلاف في مقدار المسلم فيه، فإن المصنف سيذكره، وهذا هو الظاهر.

ولما كان التشبيه يقتضي أن المسلم هو المشتري وأن المسلم إليه هو البائع، بين أن الأمر هنا على العكس، فبين أن المسلم إليه هنا كالمشتري والمسلم كالبائع.

وإنما قلنا: إنه جعل المسلم إليه هنا كالمشتري؛ لأنه ذكر أنه يترجح قوله بالقبض، ثم شرط في قبض رأس المال المرجح لقول المسلم إليه أن يكون عرضا، ثم بين ما يلحق فيه، فقال: (فِي قَبْضِ السَّلْعَةِ وَقَوَاتِهَا)، وفي اقتضاره على هذين القولين نظر، بل ينبغي أن يقول: فتأتي الأربعة الأقوال، وفيه أيضا نظر آخر؛ لأن تقييده بالعرض يوهم أن العين ليس كذلك، فعلى هذا لو قبض المسلم إليه رأس المال وهو عين لاتفق على أنه لا يكون القول قوله وليس كذلك، بل القول قوله على رواية ابن وهب في الترجيح بالقبض، وتأتي بقية الأقوال وقد نص على ذلك المازري وسند، ولا خلاف بين العرض وغيره إلا فيما يقع به الفوات؛ ففي العرض بحوالة الأسواق فأعلى، وفي العين خلاف نبه عليه بقوله:

وإن كان عينا ففي وقت فواته ثلاثة: طول الزمان الكثير، أو طول ما أو غيبته عليه...

الأول من الثلاثة هو المشهور، والثاني ذكره ابن رشد، والثالث للتونسي، قال: والأشبه أنه لا فرق في الدنانير والدراهم بين كثير الطول وغيره؛ لأن الغيبة عليها نُفِيتَ عنها.

والاختلاف في قدر المسلم فيه كالاختلاف في قدر الثمن في النقد أو قدر المبيع...

أي: إذا اختلف المسلم والمسلم إليه في قدر المسلم فيه مع اتفاقهما في جنسه وصفته فذلك جار على الاختلاف في قدر الثمن في النقد أو قدر المبيع، فإن كان قبل قبض رأس المال تحالفا وتفاسخا، وإن كان بعد قبضه فالأربعة الأقوال.

وفي «المدونة»^(١): القول قول المسلم إليه عند حلول الأجل إذا ادعى ما يشبه وإلا فللمشتري إن ادعى ما يشبه، فإن ادعى ما لا يشبه فقال ابن القاسم في «الموازية»: يحملان على الوسط من سلم الناس يوم تعاقدوا.

المازري: وهو المشهور، وقال في «الأسدية» مرة بهذا وأخرى بأنهما يتحالفان ويتفاسخان.

تنبيه :

وقوله في «المدونة» القول قول المسلم إليه عند حلول الأجل، قال ابن المواز: وأما إن اختلفا بقرب مبايعتهما فيتحالفان ويتفاسخان.

وقال ابن حبيب: إذا اختلفا قبل الأجل في كيل الطعام صدق البائع إلا أن يأتي بما لا يشبه فيصدق المتاع وإلا حمل على الوسط.

ابن يونس: ظاهر هذا خلاف قول محمد؛ إذ قد يكون اختلافهما بقرب مبايعتهما وقد لا يكون، وابن حبيب لم يفصل وابن أبي زيد حمّله على الوفاق.

وَإِذَا اختلفَا فِي الْمَوْضِعِ صِدْقَ مُدَّعِيِ الْعَقْدِ، وَإِلَّا فَالْبَائِعُ لَأَنَّهُ كَالْأَجَلِ، فَإِنْ تَبَاعَدَا وَلَمْ يُشَبَّهِ وَاحِدُهُمَا تَحَالَفًا...

أي: فإن اختلفا في الموضع الذي يقبض فيه السلم، فإن ادعى أحدهما موضع العقد فالقول قوله مع يمينه مطلقا على المشهور، وهو مذهب «المدونة»^(٢)، وقال سحنون: القول للبائع، ولو ادعى خلافه لأنه غارم.

وقال أبو الفرج: يتحالفان ويتفاسخان إذا ادعى ما يشبه، ولو ادعى أحدهما موضع التعاقد، وهذا إنما هو إذا كان اختلافهما بعد فوات رأس المال، وإلا تحالفا وتفاسخا، نص على ذلك المازري وغيره وقد أهمله المصنف.

وما هو الفوات؟ فسر المازري بطول الزمان، فقال: فإن وقع الفوت بطول الزمان،

(١) «المدونة» (٣ / ٩٣).

(٢) «المدونة» (٣ / ٩٥).

وفسره سند بالقبض، وهو ظاهر «المدونة»^(١) في هذه المسألة، ونصها: قلت: أرأيت إن اختلف المسلم إليه ورب السلم في الموضع الذي يقبض الطعام فيه فقال المسلم إليه: إنما قبضت منك دراهمك على أن أعطيك الطعام في الفسقاط، وقال الذي له السلم: إنما دفعت إليك على أن أقبض منك في الإسكندرية، فالقول قول البائع؛ لأن الموضع كالآجال.

وظاهره اعتبار القبض.

قوله: (وإلا) أي: وإن لم يدع منهما واحد موضع العقد فالقول للبائع، هو المسلم إليه؛ لأنه غارم كما أن القول قوله إذا اختلفا في الأجل؛ لأن اختلاف البلدان كاختلاف الآجال خلافا لأبي الفرج، وإنما يكون القول قول البائع إذا أشبه قوله فقط أو أشبه ما قال كل واحد منهما، وأما إن لم يشبه إلا قول المشتري وحده فيعمل على قوله.

وأما إن ادعى معا ما لا يشبه فقد نبه عليه بقوله: (فَإِنْ تَبَاعَدَا) ولم يشبه قول واحد منهما تحالفاً؛ أي: وإن تباعدا في دعواهما فإن ادعى كل واحد منهما موضعاً بعيداً تحالفاً وتفاسخاً.

قاله في «المدونة»^(٢) و«الموازية» و«الواضحة»؛ لأنه وإن كان الأصل أن يعمل على قول المسلم إليه إلا أن العرف كذبه.

تنبيه :

ما ذكره من قوله: (وإلا فالبائع) لأنه كالأجل صحيح، وقد نص عليه في «المدونة» كما ذكرنا، لكن يبقى في كلام المصنف نظر؛ لأنه لم يقدم في الأجل أن القول قول البائع إلا على القول الشاذ فلا تصح الإحالة عليه.

(١) «المدونة» (٣ / ٩٥).

(٢) «المدونة» (٣ / ٩٥).

السَّلْمُ لَهُ شَرْوْطٌ : الْأَوَّلُ : تَسْلِيمُ جَمِيعِ الثَّمَنِ خَوْفَ الدِّينِ بِالدِّينِ

في الصحيح أن رسول الله ﷺ قال : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » .

واحترز بقوله : (جَمِيعِ الثَّمَنِ) مما لو نقد البعض فإنه لا يجوز ، ونص على ذلك في المدونة ، وبه قال محمد وغيره .

ابن راشد : وهو المعروف .

وذكر ابن القصار قولاً بإمضاء ما تناجزا فيه ، وهو مبني على أحد القولين في الصفقة إذا جمعت حلالاً وحراماً .

ولأشهب قول ثالث : يجوز أن يتأخر اليسير لا النصف ؛ لأن اليسير تبع فيعطي حكم متبوعه ، وأشار سند إلى تخريج قول بإجازة تأخير الثلث مما أجازاه مالك في « الموازية » في الكراء المضمون إذا نقد الثلثين وتأخر الثلث .

وفرق غيره بأن مالكا إنما أجاز ذلك في الكراء المضمون للضرورة ؛ إذ الأكرىء يقتطعون أموال الناس ، ولا ضرورة في السلم .

وأجرى اللخمي قولاً بالفرق بين أن يسمى لكل قفيز -مثلاً- ثمناً فيصح ما يقابل المقبوض ، أولا فيبطل الجميع مما تقدم في الصرف من التفصيل لذلك .

وفي تعليل المصنف بخوف الدين بالدين نظر من وجهين :

أحدهما : أن الخوف إنما يستعمل في المتوقع لا في الواقع ، وإن اشترط التأخير فالمحذور واقع ، ولا يقال : قوله : (خَوْفَ الدِّينِ) تعليل لتسليم جميع الثمن ؛ لأن الخوف مع التسليم منتف .

الثاني : أن العلة غير منعكسة ؛ لأن الدين بالدين قد يتنفي ، والمنع باق فيما إذا كان رأس المال سلعة معينة ، وأخرت بشرط لعة أخرى ؛ لأنه بيع معين يتأخر قبضه .

وَجَوْزَ الْيَوْمَ وَالْيَوْمَيْنِ بِالْشَّرْطِ ، وَفِيهَا : وَثَلَاثَةٌ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ

يجوز في (جَوْزَ) أن يُبنى للفاعل ويكون مالك رضى الله عنه ، وأن يبنى لما لم يسم فاعله ، وعليه تكلم ابن عبد السلام وقال : إنما أتى به مبنيا لما لم يُسم فاعله ؛ لأنه لم يستحسن ذلك لدخوله تحت الدين بالدين .

وما نسبته « للمدونة »^(١) من الثلاثة هو في كتاب الخيار منها ، والقول بأنه لا يجوز تأخيرهُ بشرطٍ يوماً ولا يومين لابن سحنون ، واختاره ابن الكاتب وعبد الحق وصاحب «الكافي»^(٢) ؛ لأنه ظاهر النهي عن الكالي بالكالي .

الباجي^(٣) : وإنما يجوز التأخير إلى اليومين والثلاثة على المشهور ، وأما من يجوز السلم إلى هذه المدة فلا يجوز التأخير عنده إلى هذه المدة ؛ لأنه عين الكالي بالكالي ، ويجب أن يقبض عند هذا القائل في المجلس أو بالقرب منه .

فَإِنْ أَخَّرَ أَكْثَرَ بَغَيْرِ شَرْطٍ فَقَوْلَانِ

أي : أكثر من ثلاثة أيام ؛ يريد : والتمن من النقدين لما سيذكره ، والقولان لمالك ، وبالفساد قال ابن وهب ، قيل : وهو الصواب ، وهو ظاهر « المدونة » [لقوله]^(٤) في السلم الثاني^(٥) : إذا ادعى أحدهما الفساد فقال : تأخر شهراً .

وفي السلم الثالث ما ظاهره مخالفة هذا ، فقال : إن تأخر رأس المال أكثر من ثلاثة أيام من غير شرط فيجوز ما يحل الأجل فلا يجوز ، والجواز قول أشهب ورجع إليه ابن القاسم في « الموازية » .

ولابن وهب قول ثالث : إن تعمد أحدهما تأخيرهُ لم يفسد ، وإلا فسد .

ولابن الماجشون وابن حبيب رابع : إذا مطل المبتاع للبائع رأس المال أو بعضه حتى حل الأجل ، فالبائع مخير إن شاء أخذ منه رأس المال أو أعطاه طعامه أو يعطيه حصة ما نقده خاصة ، وإن كان التأخير بسبب البائع لزمه الطعام كله .

ابن عبد السلام : والأقرب الفساد ؛ لأنه دين بدين ، وفي معنى تأخيرهُ تأخير النصف فأكثر ، وقيل : يحلف في اليسير بناء على إعطاء اليسير حكم نفسه أو حكم الكثير ، فإن حصل قبض رأس المال حساً ولم يحصل معنى ، كما لو اطلع المسلم إليه على أن بعض الدراهم ناقص أو زائف ففي « مختصر ابن شعبان » : أنه إذا جاء بدرهم ناقص فاعترف

(١) « المدونة » (٨١/٣) .

(٢) « الكافي » (ص/ ٤٩) .

(٣) « المنتقى » (٦/ ٣١٠) .

(٤) سقط من ط .

(٥) « المدونة » (٩٤/٣) .

الآخر أنه ينتقص من السلم بقدره ، ولا شك أن هذه الباب أخف من الصرف ، فكل ما جاز في الصرف يجوز هنا من باب أولى .

والمشهور وهو مذهب « المدونة » : جواز البدل وتأخيره اليومين والثلاثة .

قال أشهب : إلا أن يكونا دخلا على ذلك ليحيزا بينهما الكالئ بالكالئ ، وهو تقييد بعض الموثقين ، وهذا عندي لا يعرف إلا ببينة تشهد على أصل تعاقدتهما في الشراء أو بإقرارهما معاً .

المتيطي : وفسر سحنون ما في المدونة بأن الدراهم مكروهة أو زيوفاً ، ولو كانت نحاساً أو رصاصاً ما حل أخذها ، ولا التبايع بها .

أبو عمران : وهو ظاهر المدونة .

وقال في « مختصر ابن شعبان » : إذا جاء بدرهم ناقص واعترف الآخر به ينتقص من السلم بقدره ، ولا شك أن هذا الباب أوسع من الصرف ، قيل : ويجوز التأخير اليوم واليومين على قول ابن سحنون المتقدم أيضاً .

أشهب : يجوز تأخير البدل أكثر من ثلاثة أيام بشرط أن يبقى من الأجل اليوم واليومين ، فإن أخره بشرط أمد بعيد ، فإن عثر على ذلك بعد يوم أو يومين أبطل تراخيها وأمر بالتناجز والبدل ، وإن لم يعثر على ذلك إلا بعد أيام كثيرة فالعقد فاسد .

أبو بكر بن عبد الرحمن : العقد كلها فاسدة ؛ خوفاً من دخولهما على ذلك ابتداءً ، ولم يفسد أبو عمران إلا قدر ما تأخر ويصح ما عداه ، ورأي غيرهما الصحة في الجميع ؛ لصحة العقد أولاً .

وَيَجُوزُ الْخِيَارُ إِلَى مَا يَجُوزُ التَّأْخِيرُ إِلَيْهِ بِالشَّرْطِ مِنْ غَيْرِ نَقْدٍ ، فَلَوْ نَقَدَ - وَلَوْ تَطَوُّعًا - فَسَدَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ تَمَّ فَسَخَ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ

لما بين لزوم حكم العقد في السلم ذكر حكم الخيار فيه ، وذكر أنه يجوز الخيار في السلم بشرطين :

أولهما : أن يكون إلى ثلاثة أيام فأقل ؛ إذ هو الذي يجوز تأخير النقد إليه .

الثاني : لا ينقد ولو تطوعاً ، ولو نقد فسد ؛ لأن المسلم إذا نقد وتم العقد كان المسلم

إليه قد أعطى سلعة موصوفة إلى أجل عن ثمن تقرر في ذمته ، وذلك فسخ دين في دين ، وعلى هذا فيجوز التطوع بما يعرف بعينه ؛ لأنه لتعيينه ليس ديناً بدين .

فائدة : تشارك هذه المسألة في عدم النقد ولو تطوعاً مسائل : إذا بيعت الأمة على خيار وفيها مواضعة لهذه العلة ؛ لأن الثمن دين على البائع فإذا تم البيع بانقضاء مدة الخيار صار المشتري قد اقتضى من ذلك الذي دفعه جارية فيها مواضعة ، وبيع الشيء الغائب بخيار والكراء على خيار ، والأرض غير المأمونة قبل الرى .

وَأَمَّا غَيْرُ النَّقْدِ فَيَجُوزُ تَأْخِيرُهُ لَتَعْيْنِهِ ، وَلَيْسَ دَيْنًا بَدَيْنٍ لَكِنَّهُ كُرِهَ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ كَالطَّعَامِ وَالثَّوبِ ، وَقِيلَ : إِذَا لَمْ يَكُلِ الطَّعَامُ وَلَمْ يُحْضَرْ الثَّوبُ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ ؛ إِذْ لَمْ يَبْقَ فِيهِ حَقٌّ تَوْفِيَةً

هذا مستثنى من قوله : (جَمِيعُ الثَّمَنِ) أي : إنما يجب تسليم الجميع إذا كان نقداً ، وأما غير النقد فيجوز تأخيره ؛ لأنه لتعيينه لا يكون ديناً ، ثم ذكر أن مالكا في « المدونة » كره تأخير الثوب والطعام ؛ يريد : إذا كان التأخير بغير شرط ، وأما إن كان بشرط فإنه يفسد ، نص عليه في « المدونة » ، وحمل ابن محرز وغيره الكراهة على إطلاقها ، ومنهم من قيدها بما إذا لم يكل الطعام الذي هو رأس المال ولم يحضر الثوب محل العقد ، أما إذا كبل الطعام وأحضر الثوب فقد انتقل ضمانهما إلى المسلم إليه وصار كالحیوان ، فلا معنى للكراهة .

والإشارة بقوله : (وَقِيلَ : إِذَا لَمْ يَكُلِ ... إلخ) ولم يذكر المصنف الحيوان ، ولعله رآه كالعرض كما قال بعضهم .

وقد ذهب فضل بن سلمة وبعض القرويين إلى أنه لا فرق بين العرض والطعام إذا أخره ، ولم يكن يذكر المعين بغير شرط حل الأجل أم لا ، وأنه جائز ماض ، وأنه إنما أطلق الجواز في « المدونة » في مسألة الحيوان ؛ لأنه سئل عن أمر وقع وكرهه في الأخرى ابتداءً ، كما يكرهه في الأولى ، وإليه نحا أبو عمران أيضاً .

وذهب ابن أبي زمنين وجماعة من الشارحين إلى أن مذهب الكتاب أن تأخير رأس مال السلم بغير شرط المدة الكثيرة على ثلاثة أقسام ؛ ففي العين يفسخ ، وفي العرض والطعام

يكره فيهما ذلك ولا يفسخ ، وفي الحيوان لا يكره ذلك فيه ولا يفسخ ؛ لأن الحيوان مما لا يغاب عليه .

وقال أبو محمد اللؤلؤي : الطعام أشد ؛ إذ لا يعرف بعينه ، وفرق بين العروض والحيوان لأنهما مما يغاب عليهما ، وهذا على القول بأن مصيبة الحيوان من مشتريه ، وأما على القول بأن مصيبته من البائع فلا فرق بينه وبين العرض .

خليل : وينبغي أن تحمل كراهة الإمام في الطعام على التحريم ؛ لأنه إذا لم يكل لم يكن بينه وبين العين فرق ، وينبغي إذا أحضر الثوب أن يجوز ؛ لأنه بحضوره يتعين ، فلا يكون ديناً بدين ، والله أعلم .

وَيَجُوزُ بِمَنْفَعَةٍ مُعَيَّنَةٍ اتِّفَاقًا

أي : ويجوز أن يكون رأس المال منفعة معين كدار معينة ونحو ذلك .

واحترز بالمنفعة المعينة من المنافع المضمونة فلا يجوز أن تكون رأس المال ؛ لأنه الكالئ بالكالئ .

وحكى المصنف الاتفاق تبعاً لابن بشير ، لكن ذكر المازري أن الشيخ أبا الحسن أشار إلى أن في « الموازية » ما يدل على منع شراء المنافع بدين .
فإن قيل : لم أجازوا هنا أن يكون رأس المال منافع معين ومنع ابن القاسم أخذها عن دين ؟

قيل : لأن اللازم في محل المنع فسخ دين في دين ، وهو أشد من ابتداء الدين بالدين .

وَالْمُجَازَفَةُ فِي الثَّمَنِ فِي غَيْرِ الْعَيْنِ جَائِزَةٌ كَالْبَيْعِ اتِّفَاقًا

يجوز في الثمن ؛ أي : رأس المال أن يكون جزافاً في غير المعين .

ابن عبد السلام : وظاهر كلام القاضي أبي محمد منع كون رأس المال جزافاً لما يتوقع من طرو ما يبطل الثمن فيفضي إلى التنازع .

ابن بشير في « نوازله » : والمذهب كله على خلافه .

وقوله : (كَالْبَيْعِ) يحتمل وجهين :

أحدهما : أن يكون قصد الاستدلال على من منع في السلم أن يكون رأس المال جزافاً ؛ إذ هو بيع كسائر البيوع .

والثاني : أن يكون قصد الإحالة على ما تقدم من شروط الجزاف ، وما فيه من الخلاف .

والثاني : أَلَا يَكُونَا طَعَامَيْنِ وَلَا نَقْدَيْنِ ؛ لِلنِّسَاءِ وَالتَّفَاضُلِ ، وَلَا شَيْءٍ فِي أَكْثَرِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ بَزِيَادَةٍ ، وَلَا فِي أَقَلِّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ بِجُعْلٍ

الضمير في (يَكُونَا) عائد على العوضين ، وتصور كلامه ظاهر ، واختلف في سلم النخيل في الطعام ؛ فمنعه ابن القاسم ، وأجازه سحنون ، وقال ابن سلمة : إن هو أزهى مُنْعَ ، وإلا جاز .

قوله : (لِلنِّسَاءِ وَالتَّفَاضُلِ) النساء يدخل في الجنس والجنسين ، والتفاضل خاص بالجنس الواحد .

قوله : (وَلَا شَيْءٍ فِي أَكْثَرِ مِنْهُ) أي : ولو كان من غير الطعام والنقدين . ومفهوم قوله : (فِي أَكْثَرِ مِنْهُ ... وَلَا فِي أَقَلِّ) جواز سلم الشيء فيما يساويه ، وفيه قولان : قول بالمنع مطلقاً وهو في « الموازية » ، وعزي أيضاً لأبي بكر الوقار ، ومذهب « المدونة » الجواز بقيد ألا يقصد المسلم منفعة لنفسه ، ففيها : فإن ابتغيت به نفع نفسك لم يجز ؛ يريد : وكذلك إذا ابتغى به نفعهما جميعاً .

وَكَذَلِكَ فِي أَجُودَ وَأَرْدَأَ عَلَى الْأَصَحِّ

أي : وكذلك يمتنع سلم الشيء في أجود منه وأردأ على الأصح تنزيلاً للجودة منزلة الكثرة ، والرداءة منزلة القلة ، ورأى مقابل الأصح أن اختلاف الصفة يصير الجنس كالجنسين .

إِلَّا أَنْ تَخْتَلِفَ مَنَافِعُهُمَا كَجَذَعٍ طَوِيلٍ أَوْ غَلِيظٍ فِي جَذَعٍ يُخَالِفُهُ

هذا استثناء من قوله : (الْأَصَحُّ) الذي يمتنع فيه سلم الأجود في الأردأ أو بالعكس ، فقال : إلا أن تكون منفعة الأجود والأردأ مختلفة فيجوز حينئذ سلم أحدهما في الآخر ، وما ذكره المصنف قريب مما قاله في « المدونة »^(١) من أن الخشب لا يسلم فيها جذع في

جذعين حتى يتبين اختلافهما كجذع نخل غليظ كبير غلظه وطوله ، كذلك في جذوع قصار لا تقاربه فيجوز ، ومنعه ابن حبيب ، وصوبه فضل ؛ لأن الكبير يصنع منه صغار ، فيؤدي إلى سلم الشيء فيما يخرج منه ، وأجيب بأوجه :

أولها : حمل ما في « المدونة » على أن الكبير لا يصلح أن يجعل فيما يجعل فيه الصغار أو أنه لا يخرج منه الصغار إلا بفساد لا يقصده الناس .

ثانيها : أن الكبير من نوع الصغير .

ثالثها : لعياض : المراد بالجذع الصغير المخلوق لا المنجور ؛ لأن المنجور يسمى جائزة لا جذعاً .

وعلى هذا فالكبير لا يخرج منه جذوع بل جوائز ، فلا يلزم عليه سلم الشيء فيما يخرج منه ، لكن قول المصنف : (كَجَذَعٍ طَوِيلٍ أَوْ غَلِيظٍ) يقتضي أنه يجوز إذا كان طويلاً فقط ، وهو لا يتأتى فيه الجواب الثالث .

تنبيه :

الجواب الثاني : إنما يصح إذا بنينا على أن الخشب أصناف ، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين ، فإنه قال : قوله في « المدونة »^(١) : « يمتنع سلم جذع في نصف جذع » لو كان الجذع من نوع واحد مثل الصنوبر ، ويكون نصف الجذع من نخل أو نوع آخر غير الصنوبر لم يكن به بأس على أصل ابن القاسم .

وفي « الواضحة » : الخشب صنف وإن اختلفت أصوله ، إلا أن تختلف المنافع والمصارف مثل الألواح والجوائز وشبههما ، وتردد بعضهم في كلام ابن حبيب هذا هل هو موافق لما قاله ابن أبي زمنين أو مخالف؟ لأن ظاهر كلام ابن أبي زمنين الاكتفاء في المخالفة باختلاف الجنسين ، وابن حبيب لم يعتبر إلا المنافع ، لكن لا يبعد أن يريد ابن أبي زمنين أن مطلق اختلاف الجنس لا بد معه من قيد اختلاف المنفعة فيتنفق قولان :

وَكَاَلِحِمَارِ الْفَارِهِ فِي الْأَعْرَابِيَّ

هذا معطوف على الجائز فهو جائز ، والفراهة عبارة عن سرعة السير ، وضابط هذا أن اختلاف المنفعة تصير الجنس الواحد جنسين ، ولابن القاسم في « الموازية » قولان آخران :

أحدهما : أَنَّ حُمْرَ مصر كلها صنف رفيعتها ووضيعها ، وإن كان بعضها أُسِيرُ مِنْ بَعْضٍ وأحمل .

عياض : وهو مذهب « المدونة » ، وقال : وتناول فضل على « المدونة » خلافه .
خليل : والظاهر ما تأوله فضل فإن بين الحمر عندنا بمصر اختلافاً كثيراً قلَّ أن يوجد ذلك ببلد .

الثاني : أَنَّ الحُمْرَ كلها صنف ، والمشهور أَنَّ البغال والحمير جنس ، وهو مذهب « المدونة » خلافاً لابن حبيب أنهما جنسان إلا أن يقرب ما بينهما ، هكذا حكى القولين جماعة .

ورأى فضل أن ذلك ليس بخلاف ، وأن كل واحد تكلم على عادة بلده وأن بينهما بالأندلس اختلافاً بيناً ، وفي مصر الأمر بخلافه .

وليس بظاهر ؛ فإن الاختلاف فيها بمصر أظهر ، وعورض مذهب « المدونة » هنا بمنعه في القسمة جمع البغال والحمير في قسم القرعة ، ولولا أنهما عنده جنسان لأجاز الجمع بينهما وأجاب ابن يونس وغيره بأنه احتياط في البابين .

ابن عبد السلام : وهو جواب ضعيف ؛ لأنه جمع في القسم بين الثياب التي لا شك في أن أجناسها مختلفة وأن منافعها متباينة كثياب الحرير والقطن والصوف والكتان ، فأبي احتياط هنا ؟ فإنه يجوز سلم الحرير في الصوف .

واختلف في سرعة السير ، فلم ير محمد ذلك شيئاً .

وقال عبد الملك : إذا اختلفا في سيرهما كاختلاف الخيل جاز سلم أحدهما في الآخر ، قال : لأن فضل السير هو الذي يراد في البغال والحمير .

للخمي : وهو أحسن ؛ لأنه زيادة فضل يزداد في الثمن لأجله .

وَكَالْجَوَادِ فِي حَوَاشِي الْخَيْلِ

الجواد هو السابق ، قال في « الموازية » : وليس الفرس الجميل السمين العربي صنفاً حتى يكون جواداً سابقاً .

وقال ابن حبيب : ليس السمن في الخيل يوجب الاختلاف ؛ لأن المبتغى منه سبق

والجودة ، إلا البراذين العراض التي لا تجري لها ولا سبق ، بل تراد لما يراد لها البغال من الحمل والسير ، فلا بأس أن يسلم الواحد منها في اثنين من خلافه .

وجعل اللخمي الجمال مما تختلف به الخيل بشرط أن يقابله العدد ، فيجوز سلم حميل في اثنين دونه ؛ لأنه بمعنى المبايعة ، وأما حميل في دونه فلا ، وهو الأظهر .

وَكَذَلِكَ الْإِبِلُ

أي : يسلم النجيب في غيره .

ابن عبد السلام : المعتبر عندهم الحمل خاصة ، وليس سبق بمعتبر .

خليل : فسر التونسي النجابة بالجري فقال : النجبية منها صنف ، وهو ما بان بالجري ، والجمال صنف ، والدنيء صنف ، وينبغي اعتبار كل من الحمل والسبق والسير ، وهو الذي قاله اللخمي .

وَالْبَقَرُ وَالْمَعَزُ

قال المازري : تعتبر النجابة في ذكور البقر بالقوة على الحرث ، وأما إناثها فمذهب ابن القاسم أنها كالذكور إنما تختلف بقوة العمل .

وذهب ابن حبيب إلى أن الإناث إنما يعتبر فيها اللبن .

عياض : وما في « الأسدية » يرد عليه ، وهو المعروف من مذهب ابن القاسم أن الحرث يراعى [فيهما] (١) :

تنبيه :

الجواز على مذهب ابن القاسم إنما هو إذا كان في معنى المبايعة ، بأن تسلم البقرة القوية في البقرتين أو أكثر ، أما سلم بقرة قوية في بقرة ليست كذلك فنص بعضهم على المنع ، وهو ظاهر ؛ لأنه ضمان بجعل ، وعكسه سلف بزيادة ، لكن نص في « الموازية » على خلافه ، فإنه أجاز فيها سلم الفرسين السابقين في فرسين ليسا كذلك .

قوله : (وَالْمَعَزُ) أي : فيعتبر فيه الاختلاف بغزارة اللبن ، حكى المازري على ذلك الاتفاق .

(١) في ط : فيها .

خليل : وانظر كيف اعتبروا غزارة اللبن في المعز ولم يعتبرها ابن القاسم في البقر ، ولعل ذلك لأن المعز لا يمكن فيه غير ذلك . وفيه نظر .

بِخِلَافِ الضَّأْنِ عَلَى الْأَصَحِّ

فلا يعتبر الاختلاف باللبن في الضأن على الأصح ، وحكاه ابن حبيب عن مالك وأصحابه وقال به ، قال : ولا يُعْرَفُ مِنْ غَزَرِ اللَّبَنِ فِي الضَّأْنِ مَا يُوْجِبُ ذَلِكَ ، وغير الأصح اعتبار غزارة اللبن في الضأن كالمعز ، وعزاه للخمي لابن الماجشون .

ابن يونس : وهو ظاهر « المدونة » ، ولا سيما وقد جعل في « المدونة »^(١) الضأن والمعز كالجنس الواحد ، قال فيها : ولا تسلم صغار الغنم في كبارها ولا معزها في ضأنها ، ولا ضأنها في معزها ، لأنها كلها منفعتها اللحم لا الحمولة ، إلا شاة غزيرة اللبن موصوفة بالكرم ، فلا بأس أن تسلم في حواشي الغنم فأطلق . وقال عبد العزيز بن أبي سلمة : الضأن والمعز صنفان .

وَكَذَلِكَ كَبِيرٌ فِي صَغِيرٍ ، وَصَغِيرٌ فِي كَبِيرٍ عَلَى الْأَصَحِّ بِشَرْطِ أَلَّا تَكُونَ الْمُدَّةُ تُفْضِي إِلَى مَعْنَى الْمُرَابَّةِ فِيهِ ، بِخِلَافِ صَغِيرِ الْأَدَمِيِّ عَلَى الْأَصَحِّ

لما ذكر أن الجنس يختلف بالمنفعة شرع فيما يقع به الاختلاف من الصغير والكبير ؛ أي : وكالاختلاف بالمنافع الاختلاف بالكبر والصغر .

قوله : (كَبِيرٌ فِي صَغِيرٍ) يحتمل أن يريد الجنس فيصدق على كبير في صغير وعكسه ، وعلى كبيرين في صغيرين ، وعلى كبير في صغيرين وعكسه ، وعلى صغير في كبيرين وعكسه .

ويحتمل أن يريد الواحد ، ويكون التعدد مأخوذاً منه من باب الأولى ؛ لأن كل من أجاز مع الواحدة أجاز مع التعدد ، والأصح ظاهر « المدونة » ؛ لأن فيها : وَتُسَلَّمُ كِبَارُ الْخَيْلِ فِي صِغَارِهَا ، وكذلك الإبل والبقر ، وعليه حملها ابن لبابة وأبو محمد^(٢) وغيرهما واختاره الباجي^(٣) .

(١) « المدونة » (٣ / ٥٤ - ٥٥) .

(٢) « النواذر والزيادات » (٦ / ١٢) .

(٣) « المنتقى » (٦ / ٢٩) .

وغير الأصح : لا يجوز سلم أحدهما في الآخر مطلقاً ، سواء اتحد أو تعدد .
وفهم بعضهم « المدونة » عليه ، وهو في « الموازية » ، ففيها : لا خير في قارح في حولين ، ولا حولين في قارح ، ولا صغير في كبيرين ، وهذا من الزيادة في السلف .
سند : فجعلهما جنساً واحداً حتى تختلف المقاصد فيكون العدد من أحد الجنسين ، والكبير من الجهة الأخرى ككبير في صغير ، قال جماعة : ولا خلاف في جواز هاتين الصورتين .

وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر ؛ لأنه لم يستثنهما ، وهذا إنما يأتي على الاحتمال الأول ، وهو إرادة الجنس ، أما على إرادة الواحد فيصير مفهومه الجواز مع التعدد ، وهو مذهب « العتبية » ، فإن عياضاً وغيره نقلوا عنها منع سلم صغير في كبير ، وعلله بأنه زيادة في السلف ، وجواز سلم صغيرين في كبيرين وعكسه ، وجعل اختلاف العدد مقصوداً .

واستشكله ابن يونس ^(١) فقال : جعل صغيرين في كبيرين بمعنى البيع وصغيراً في كبير بمعنى السلف ، ووهم المازري في حمل « المدونة » على هذا ، قال : وسبب الوهم أنه ذكر أولاً منع صغير في كبير وعكسه ، ثم قال : والذي يشبه التابع سلم كبير في صغيرين وعكسه ، قال : وكذلك صغيرين في كبيرين وعكسه ، وفهم عنه أنه يفرق بين الواحد والاثنين ، وهو السابق إلى فهم قارته ، ويمكن أن يوجد بينهما فرق ، قال : وقد يحتمل ما قاله في الاثنين أنه عطف على أول كلامه بالمنع ، وظاهر كلام المصنف جواز سلم صغير الغنم في كبيرها لتعميمه ، وهو مذهب ابن وهب في « مختصر ما ليس في المختصر » ، ولذلك جاز سلم كبش في خروفين ، ومذهب « المدونة » خلافه ، ففيها : لا تسلم صغارها في كبارها ، وسئل ابن القاسم : لمَ كره مالك ذلك ؟ فقال : ليس بين الصغير والكبير تفاوت إلا اللحم ولا أرى ذلك شيئاً .

سند : وهذا هو المعروف في المذهب فكان ينبغي للمصنف أن يذكره مع صغير الآدمي ؛ لاتحاد المشهور فيهما ، ولهذا قال ابن القاسم : الصغار والكبار من سائر الحيوان مختلفان إلا في جنسين خفيفين : الغنم وبني آدم .

قال في « الموازية » : والحولي صغير ، والقارح والربع كبير ، وقال ابن حبيب : صغار الحمر ما لم تبلغ الحمل والركوب ، وقال في الإبل : الصغار فيها التي لا حمل لها .

(١) الجامع لابن يونس (٧٣/٨) .

وقال الباجي^(١) في البقر : حد الكبير في الذكور أن يبلغ حد الحرث ، ومثله في الإناث على قول ابن القاسم ، وعلى قول ابن حبيب أن تبلغ سن الوضع واللبن .

وقوله : (بِشَرَطٍ... إلخ) إذا قلت : بجواز سلم الكبير في الصغير وعكسه فهو مشروط بأن لا يكون بينهما من المدة ما يؤدي إلى معنى المزابنة ، فلا يسلم كبير في صغير إلى أجل ينتج فيه الكبير صغيراً ، ولا يسلم الصغير في الكبير إلى أجل يصير فيه الصغير كبيراً ، ومعنى المزابنة فيهما الخطر والقمار ؛ لأنه إذا أعطاه الصغير في الكبير إلى أجل يكبر فيه فكأنه قال : اضمن لي هذا إلى أجل كذا فإن مات ففي ذمتك ، وإن سلم عاد إليّ وكانت منفعتك لك ، وإذا أعطاه الكبير في الصغير فكأنه أخذ هذا الكبير على صغير يخرج منه ؛ أي : تلده الكبيرة فصار كمن أسلم شيئاً فيما يخرج منه والمزابنة في تقديم الصغير في الكبير ؛ لأنه أعطاه الصغيرة في الكبيرة إلى أجل يكبر فيه الصغير .

ابن بشير : لأنه كمن أخذ صغيراً مشفع ويضمنه حتى يكبر ، والبغال لا تنتج فسلمت من هذا التقدير .

قوله : (بِخِلَافِ صَغِيرِ الْآدَمِيِّ) أي : إن صغير الآدمي صنف واحد مع كبيره ؛ فلا يسلم كبير في صغير وعكسه ، وسواء اتحد العدد أو اختلف ، والأصح حكى المازري الاتفاق عليه .

ومقابلته اختيار [الباجي^(٢)] (٣) ، قال : القياس عندي أن يكون صغير الرقيق جنساً مخالفاً لكبيره ، واحتج بخلاف المنافع .

ابن عبد السلام : واختياره هو الصواب عندي .

وَبِخِلَافِ طَيْرِ الْأَكْلِ بِاتِّفَاقٍ

يعني : أن طير الأكل لا يجوز سلم صغيرها في كبيرها ولا كبيرها في صغيرها باتفاق ، ولكنه مقيد بالصنف الواحد .

ففي « الواضحة » الديكة والدجاج صنف واحد صغارها وكبارها ، والإوز صنف ،

(١) « المنتقى » (٣٢/٦) .

(٢) في ط : اللَّخْمِي .

(٣) « المنتقى » (٣١/٦) .

والحمام صنف لا يفرق في ذلك ذكر ولا أنثى ، ولا صغار ولا كبار ، وأخرج بطير الأكل طير التعليم ، فإنه يختلف بسببه ، وهل يختلف بالبيض ؟ قال ابن القاسم : لا .
وقال أصبغ : يختلف ؛ فيجوز على قوله : أن تُسَلَّمَ الدجاجة البيوضُ في اثنين أو أكثر غير بيوض .

والذكورة والأنوثة في الآدمي ملغاة على الأشهر كغيره باتفاق

يعني : أن الذكورة والأنوثة لا يختلف بها غير الآدمي من الحيوان باتفاق ، وهل يختلف فيها الآدمي ؟ الأشهر أنه لا يختلف كغيره ، قاله مالك في « المدونة »^(١) و« العتبية »^(٢) .

وأكثر المتأخرين على مقابله ؛ لاختلاف المنفعة ، فإن منفعة الذكور المنفعة الظاهرة ومنفعة الإناث المنفعة الباطنة .

وحكى المازري أن بعضهم خرَّجه من الاختلاف فيمن أسلم دجاجة بيوضة في ديكين . وفيه نظر ؛ لأن الحيوان إنما قيل به للبيض لا للذكورة والأنوثة فقط ، وأن اللخمي خرجه من الاختلاف فيمن حلف بحرية من يملك من الذكور أو الإناث هل تلزمه هذه اليمين أم لا ؟ فمن ألزمه بنى على أنهما جنس فيكون كمن حلف بعق بعض الجنس ، ومن لم يلزمه بنى على أنهما جنسان ، فلما حلف بعق الذكور كان كمن لم يعم الجنس ، وهذا مذهب « المدونة » في العتق الأول ، وهو خلاف ما نص عليه في السلم أنهما جنس واحد .

وفيه نظر ؛ لأن غاية ما يستفاد من مسألة الحالف اختلاف الجنسية ، واختلاف الجنسية أعم من اختلاف المنفعة أو اتحادها .

والحاصل مما تقدم من قوله : (الجَوَاد) إلى هنا أن الجيد لا يسلم في الرديء لما تقدم أن الجودة والرداءة لا ينقل جنسها على الأصح عن أصله إلا إذا كان معها معاراً آخر ، ولذلك يسلم البعير المعروف بالنجابة في حواشيها كالخيل والبقر القوية على الحرث والعمل في حواشيها ، والشاة الغزيرة اللبن في حواشي الغنم ، والصغير والكبير مختلفان في سائر

(١) « المدونة » (٣/ ٥٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٧/ ١٨١) .

الحيوان إلا الغنم وبني آدم ؛ لأن المراد من الغنم الغالب في اللحم ، ومن بني آدم الخدمة في الحال والمآل ، وأما غيرهما فمنافعها شتى كالقوة على الحمل ، والنجاة في الجري .

أبو الظاهر : الحيوان ناطق ، وغيره ؛ فالناطق نصوص المتقدمين : لا يختلف بالكبر والصغر ، وغير الناطق مأكول وغيره ؛ وغير المأكول اختلف فيها المذهب كالخيل والبغال والحمير ، وهو خلاف في شهادة .

والمأكول ثلاثة : صنف فيه القوة على الحمل والعمل كالإبل والبقر فلا خلاف أن الصغير بخلاف الكبير ، وصنف ليس فيه منفعة مقصودة ولا قوة على الحمل والعمل كالطير الذي للأكل لا للولادة لا خلاف في تسوية الكبير والصغير ؛ لأن المقصود منهما معاً مجرد اللحم ، وصنف لا قوة فيه على الحمل والعمل وفيه منفعة مقصودة وهي الذرية والنسل كالغنم ففيه قولان وهما خلاف في شهادة .

وَالصَّنَائِعُ النَّادِرَةُ فِي الْآدَمِيِّ كَالْتَجَرِّ وَالْحِسَابِ وَشَبْهِهِ مُعْتَبَرَةٌ بِاتِّفَاقٍ

كلامه ظاهر التصور ، ولا يريد به (النَّادِرَةُ) أن تكون الصنعة قليلة الوجود جداً على ما يتبادر إلى الذهن من هذا اللفظ ، وإنما مراده ما يوجد في بعض الأشخاص دون بعض .

المازري : والتجارة أيضاً تتنوع ، فيجوز أن يسلم تاجر البز في تاجر القطن .

ولعل مراده الاختلاف بمجموع التجارة والحساب فيصح له الاتفاق ، فإن اللخمي وغيره حكى قولاً بأن الحساب لا يختلف به الجنس ، وهو المنقول عن ابن القاسم ، فإنه نقل عنه أنه لا يرى الحساب والكتابة والقراءة توجب الاختلاف .

قوله : (وَشَبْهِهِ) أي : كالخياطة والبنائة ، ولا يريد به (شَبْهِهِ) الكتابة ، فإن ابن زرقون حكى فيها ثلاثة أقوال :

أحدها : لملك وابن القاسم عدم اعتبارها في الذكور والإناث .

الثاني : لأصبع وابن حبيب أنها معتبرة فيهما .

الثالث : لعيسى عن ابن القاسم أنها معتبرة في الذكور دون الإناث ، وكان ينبغي أن يقول : شبههما ؛ لأن العطف بالواو يوجب مطلق التشريك إلا أن يريد : مجموعهما .

بِخِلَافِ الْغَزْلِ وَالطَّبْخِ إِلَّا مَا بَلَغَ النَّهْيَةَ

لأن الغزل والطبخ أمر عام ، وإذا علمته الجارية من يومها علمته إلا ما بلغ النهاية ،

فإن بعضهن تبسّع الغزل بوزنه فضة وبعضهن يطبخ أنواعاً فائقة ، ونص ابن القاسم وغيره على أن الطبخ والغزل والخبز كصنعة واحدة ، فلا خير في طبخة بخبازتين ، وفيه نظر . وجعل في « المَوَازِيَّة » الطبخ والخبز مما تختلف بهما الجوّاري ، ولم يجعل الغزل وعمل الطيب ناقلاً .

واستشكله التونسي في عمل الطيب ورآه ناقلاً ، وتأوله على علم عمل صنعة الطيب .

وَفِي الْجَمَالِ الْفَائِقِ قَوْلَانِ

هذا الخلاف إنما هو منقول في الإماماء ، والقول بأنه لا ينقل لابن القاسم في « المَوَازِيَّة » ، والقول بالنقل لأصبع .

محمد : وهو استحسان ، والقول ما قال ابن القاسم وهو القياس .

وقال المازري : الأصح قول أصبع ، واختاره التونسي وابن يونس وغيرهما .

ابن عبد السلام : وهو الأصح ؛ لأن المراد من الجميلة غير المراد من غيرها ، إلا أن أصبع تارة يطلق الكلام في الجمال ، وتارة يقيد بالفائق ، فإن قيد كلامه بعضه ببعض - وهو الأظهر - كان في الجمال الفائق قولان كما ذكره المصنف ، وإلا ففيه ثلاثة أقوال : يفرق في الثالث بين الفائق وغيره بخلاف النقد ، والفائق الشاهي .

وَأَمَّا الْمَصْنُوعُ لَا يَعُودُ ، فَإِنْ قَدَّمَهُ وَهَانَتْ الصَّنَعَةُ كَالْغَزْلِ لَمْ يَجْزُ عَلَى الْأَشْهَرِ بِخِلَافِ

النَّقْدِ

لما تكلم - رحمه الله - على ما يختلف به الجنس من المنفعة والخلقة والصنائع المتعلقة بالآدمي شرع في الصنائع المتعلقة بالجمادات ، ثم إن المصنف تكلم على جميع أقسام المسألة ، لأنه إما أن يسلم مصنوع في غيره أو العكس ، أو مصنوع في مصنوع أو عكسه ، وبدأ بالمصنوع إذا أسلمه في غير المصنوع .

واحترز بـ (مَا لَا يَعُودُ) مما يعود إلى أصله مع بقاء ذاته كقدور النحاس وشبهها ، وسيأتي ذلك ، ومثل المصنف الصنعة الهيئة بالغزل .

و (الْأَشْهَرُ) المازري : وهو المشهور ، وغير الأشهر [أنهما]^(١) صنفان ، فيجوز سلم

(١) في ط : أنها .

الغزل في أصله ، وأشار بعض المتأخرين إلى أنه القياس ، واختاره ابن يونس ، وحمل سند اتحاد الجنسين على غليظ الغزل ، بخلاف رقيقه لشدة تباين الغزل الرقيق مع أصله .
خليل : ويؤيده ما نص عليه في « المَوَازِيَّة » أن الغزل الرقيق صنف ، والغزل الغليظ صنف .

قوله : (بِخِلَافِ النَّقْدِ) أي : فيجوز بيع الغزل بالكتان نقداً ، لكن بشرط أن يكونا معلومين ، فإن كانا جزافاً أو أحدهما لم يجز إلا أن يتبين الفضل بينهما ، قاله في « المَوَازِيَّة » ، وهو مبني على أنهما جنس واحد فيؤدي إلى المزبنة .

وإن كَثُرَتْ كَالنَّسِجِ جَازَ

هذا قسيم قوله : (وَهَاتَتِ الصَّنَعَةُ) .

وقوله : (كَالنَّسِجِ) أي : يجوز سلم الثوب في الغزل ؛ لاختلاف الأغراض وتباين المنافع ، قال في « المدونة »^(١) : لا بأس أن يسلم ثوب كتان في كتان أو ثوب صوف في صوف .

أبو محمد : إلا ثياب الخز ؛ لأنها تنفش ، وهذا هو المشهور ؛ لانتهاء توهم المزبنة .
وفي « المَوَازِيَّة » : لا يجوز بيع الصوف بالصوف إلا يداً بيد إلا أن يتبين الفضل بينهما ، وهو يدل على أن المنسوج أصله جنس واحد ، وتأوله أبو إسحاق على ما يعود صوفاً إذا نقض ، واستبعده سند ؛ لأن التهمة لا ينظر لصورتها ، وإنما ينظر لقوتها ، ويبعد في المنسوج أن يقصد إلى التعامل على نقض نسجه وغزله ، قال : والمذهب الجواز مطلقاً .

وذكر ابن يونس والمازري عن أشهب : أن النسج ليس بصنعة في الغزل ، وأنه لا يجيز الثوب بالغزل إلى أجل ولا يداً بيد ؛ للمزبنة ، إلا أن يتبين الفضل بينهما ، وقد جاء للمالك في النسج ما يقوي قول أشهب ؛ لأنه قال فيمن اشترى غزلاً فنسجه ثم فلس المتباع : إن النسج ليس يفوت به الغزل .

وإن قَدَّمَ أَصْلَهُ اُعْتَبِرَ الْأَجَلُ

أي : وإن أسلم غير المصنوع فيما يصنع منه نظر إلى الأجل الذي ضربه المتبايعان ، فإن أمكن أن يجعل فيه من غير المصنوع مثل ذلك المصنوع منع ؛ لأنه مزبنة ؛ إذ حاصله

الإجارة بما يفضل مثلاً من الكتان عن الثوب ، وهو مجهول ، وإن لم يمكن أن يصنع جاز ؛ لانتفاء المانع .

وعدل المصنف عن أن يقول : وإن قدم غير المصنوع إلى قوله : (وَإِنْ قَدَّمَ أَصْلَهُ) لكونها أشمل ؛ إذ هي تشمل سلم الغزل في الثوب ، وفي كلامه إطلاق ؛ لأن مقتضاه أن الأصل إذا قدم اعتبر فيه الأجل سواء هانت الصنعة أم لا ، ولا يصح ؛ لأن ما هانت الصنعة فيه يمتنع سواء قدم أصله عليه أو العكس ، طال الأجل أم لا ، وكأنه استغنى بما تقدم .

وَالْمَصْنُوعُ يَعُودُ مُعْتَبَرٌ فِيهِمَا

أي : إذا كانت الصنعة يمكن زوالها حتى يعود المصنوع إلى حاله قبل الصنعة كالرصاص والنحاس ، فلا بد من اعتبار الأجل .

وقوله : (مُعْتَبَرٌ) أي : الأجل المتقدم .

وقوله : (فِيهِمَا) أي : في صورتَي تقديم المصنوع في أصله ، وتقديم الأصل فيه ، أما اشتراط الأجل فيهما إذا قدم غير المصنوع فظاهر ، وأما إذا قدم المصنوع في غير المصنوع فلا معنى لاشتراط الأجل فيه ؛ إذ يبعد أن يفسد المصنوع ، ويزيد عليه من عنده ثم يدفعه للمسلم ، إلا أن يحمل على صورة نادرة ، وهو أن يكون المصنوع قليل الثمن لقدمه أو لغير ذلك ، فإذا زالت صناعته ظهرت له صورة ، وفيه بُعد .

[خليل]^(١) : وينبغي أن يكون حكم هذه الصورة حكم سلم غير المصنوع في غير المصنوع ؛ أي : فلا يجوز في أكثر ؛ لأنه سلف بزيادة ولا في أقل ؛ لأنه ضمان بجعل .

فَإِنْ كَانَا مَصْنُوعَيْنِ يَعُودَانِ نَظَرْتُ إِلَى الْمُنْفَعَةِ

يعني : فإن كان رأس مال السلم والمسلم فيه مصنوعين من جنس واحد والصنعة مع ذلك يمكن زوالها ؛ أي : يمكن إعادة المصنوع إلى أصله اعتبرت المنفعة ؛ أي : فإن تقاربت منفعتهما منع سلم أحدهما في الآخر ، وإن تباعدت جاز .

مثاله : أن يسلم مسامير في سيف أو منارة في إبريق ، وإن تقاربت جدا منع ؛ لأنه مزبنة لإبريق من نحاس في مثله ، انتهى .

(١) في ط : ابن عبد السلام .

وفي [« الموازية »] ^(١): الحديد كله صنف حتى يعمل سيوفاً أو سكاكين ، فيجوز سلم المرتفع منها في غير المرتفع .

قال فيها : قلت : فما منع من الحديد حتى يكون سيوفاً وسكاكين ومرآة وغير ذلك ، قال : إذا صنع الحديد افترق وصار أصنافاً مختلفة باختلاف المنافع ، وكذلك النحاس وأصنافه كله صنف واحد حتى يعمل فيصير أصنافاً ، وكذلك غير ذلك من الأشياء إذا عملت واختلفت منافعها .

وتقييده بالعودة يوهم أنهما لو كانا يعودان لا ينظر إلى المنفعة ، وليس كذلك بل لا فرق بين ما يعود وما لا يعود ، ولهذا لم يجز سلم الرقيق من الثياب في الرقيق منها إذا اتحد الجنس بخلاف الرقيق في الغليظ ؛ لتباين المنفعة .

وفي السيف الجيد بالردّي قولان

ذكر هذه المسألة إثر التي قبلها ؛ لأنها داخلية تحت : (المصنوعين يعودان) .

ابن عبد السلام : ومذهب « المدونة » الجواز ، ومذهب سحنون المنع .

خليل : لم يجعل في « المدونة » مطلق الجودة والدناءة مقتضياً للجواز ، بل فيها المنع إلا أن يبعد ما بينهم في الجوهر والقطع كتباعد الرقيق والثياب ؛ فيجوز أن يسلم سيف قاطع في سيفين ليس مثله .

ابن يونس : ولم يجزه سحنون ، والصواب الجواز ؛ لتباين المنفعة .

فرع :

منع في « المدونة » ^(٢) سلم السيوف في حديد لا يخرج منه السيوف ، وقال : لأن الحديد نوع واحد ، قال : ولو أجزنا السيوف في الحديد لأجزت حديد السيوف في الحديد الذي لا يخرج منه سيوف ، ولأجزت الكتان الغليظ في الكتان الرقيق .

أبو الحسن : والمسألة على أربعة أوجه :

أحدها : سلم السيوف في حديد يخرج منه السيوف .

والثاني : سلم السيوف في حديد لا يخرج منه السيوف .

(١) في ط : المدونة .

(٢) « المدونة » (٧١/٣) .

والثالث : سلم حديد لا يخرج منه السيوف في سيوف .

والرابع : سلم حديد يخرج منه السيوف في سيوف .

وكلها عند ابن القاسم ممنوعة .

وقال سحنون : لا بأس أن يسلم الحديد الذي لا يخرج منه السيوف في سيوف .

ابن عبد السلام : قال عبد الحق : وهو موافق « للمدونة » .

فانظر ما قاله ابن يونس عن ابن القاسم ، لكن قال ابن بشير : إن ما تأوله عبد الحق غير صحيح وقد نص في الكتاب على خلافه .

وأجاز يحيى بن عمر والبرقي سلم السيوف في حديد لا يخرج منه السيوف ، ونظر ذلك يحيى بثوب الكتان في الكتان .

وأكرر فضل تنظيره ؛ لأن الثوب لا يعود كتاناً بخلاف السيوف .

واختار اللخمي قول البرقي ، قال : وليس إعادة السيوف حديداً مما يفعله العقلاء .

وقوله في « المدونة »^(١) : ولو أجزت السيوف مع الحديد لأجزت الكتان الغليظ . . . إلخ .

أبو الحسن : يعني بالكتان هنا : الشعر لا الغزل .

سؤال : قد تقرر في المذهب أن اختلاف المنفعة يصير الجنس الواحد جنسين وهو منخرم بما ذكرناه هنا عن « المدونة » .

المازري : فاختلفت طريقة الأشياء في الاعتذار ؛ فرأى بعضهم أن الدنيء من هذين النوعين قد يبالغ في عمله بلطافة الصنعة حتى يصير يعمل منه ما يعمل من الآخر .

ورأى بعضهم أن هذا خلاف ظاهر « المدونة » ؛ لأنه قال فيها : يعمل من أحدهما ما لا يعمل من الآخر ، وأشار إلى أن العذر كون الاختلاف في هذه الصفات المشار إليها ربما وقع فيها الغلط [وبنى]^(٢) على الاجتهاد [والحدس ، فحجيته الذريعة]^(٣) لثلا يعقد السلم على نوع لا تفاوت فيه ، ويقول العاقد : بل فيه تفاوت .

(١) « المدونة » (٣/ ٧٣) .

(٢) في ط : وبناء .

(٣) في ط : والحرص بحمية الأربعة .

وإن اختلف الجنس وتقاربت المنفعة كالبغال والحُمير وتوَي القطن والكتان فقُولان
تصوره واضح ، وقد تقدمت مسألة البغال مع الحُمير ، ومذهب ابن القاسم في
« المدونة » جواز سلم رفيع القطن في الكتان ، والمنع لأشهب .
واختلف شارحو « المدونة » هل يؤخذ من هذه المسألة الخلاف من هذه القاعدة أو لا ؟
وإنما سبب الخلاف هنا خلاف في حال .

وفي نحوِ جَمَلٍ في جَمَلَيْنِ - مثله - أَحَدُهُمَا مُعَجَّلٌ قَوْلَانِ

أي : اختلف في جواز سلم جمل في جملين كل منهما مائل له ، وهو معنى قوله :
(مثله) ، و (مثله) مجرور ؛ صفة لجملين .
و (أَحَدُهُمَا مُعَجَّلٌ) أي : والآخر مؤجل ، والمشهور المنع ؛ لأن المؤخر عوض عنه
والمعجل زيادة .

ورأى في الشاذ أن المعجل بالمعجل والمؤخر محض زيادة ، والقولان لمالك .
ابن عبد السلام : وأقربهما جرياً على قواعد المذهب هو المشهور ؛ لأن في هذه المسألة
تقدير المنع وتقدير الجواز ، والأصل في مثله تغليب المنع .
وقال المصنف : (في نحو) إشارة إلى أن هذا جار في الثياب ومثلها .
وقيد الجملين بالمثلثة تحرزاً من أن يكون المعجل مخالفاً للجَمَلِ المنفرد فيمتنع ؛ لأنه
تختلف الأغراض فيهما حينئذ فيتعلق الغرض بهما أو بالمتعجل ، فإن تعلق بالتأجل كان
سلفاً ، وكان المتعجل منهما زيادة ، وإن تعلق بها جميعاً كان جزءاً من المنفرد متعلقاً
بالمتعجل ، وبقيته مع بقية المتأجل زيادة في السلف .

وأما لو كان عوض أحد الجملين دراهم أو دنائير فقال في « المدونة » ^(١) : إن عجل
الجملان جاز ؛ تأخر النقد أم لا ، وإن تأخر أحد الجملين امتنع ؛ تعجل النقد أم لا ؛ لأنه
ربا .

وَالزَّمْ أَشْهَبَ عَلَيْهِ الْمُغْيِرَةُ دِينَاراً لِدَيْنَارَيْنِ كَذَلِكَ فَالزَّمَهُ وَلَا يَلْزَمُهُ

يحتمل أن أشهب هو المُلْزَمُ للمغيرة ، وكذلك ذكره ابن بشير في كتاب الصرف ،

ويحتمل أن يكون أشهب مفعولاً مقديماً ، والمغيرة هو الفاعل ، وكذا ذكره ابن بشير في السلم الثالث ، وهو الذي ذكره المازري وغيره ، وهو الصواب .

ويقع في بعض النسخ تقديم المغيرة ، وهو واضح في هذا المعنى ، ووجه الإلزام أن الزائد إن كان المقصود به المعروف جاز فيهما ، وإلا منع فيهما ، ورد عبد الحق الإلزام بأن الربا في العين أضيّق ، لأن الزيادة في العروض نقداً جائزة ، وإلى أجل فيه خلاف .

وقد أجازاه الشافعي وغيره بخلاف النقد فإنه أجمع على منع الربا فيه ، إلا ما نقل عن ابن عباس بأنه أجازاه فيه ، ويقال : إنه رجع عنه ، وإليه أشار بقوله : (وَلَا يَلْزُمُهُ) .

واختلف الشيوخ بناءً على صحة الإلزام ، هل يلزم المغيرة أن يقوله في دينارين معجلين للمعروف أم لا ؟ لأن كلا منها صالح للعوضيّة ، وليس أحدهما أولى بخلاف مسألة المعجل أحدهما .

ابنُ القاسم : وَمَنْ اسْتَصْنَعَ طَسْتًا أَوْ سَرَجًا فَسَلَّمَ ، فَيُقَدِّمُ الثَّمَنَ وَيُضْرِبُ الْأَجْلَ ، وَيَفْسُدُ بَتَعْيِينِ الْمَعْمُولِ مِنْهُ وَالصَّانِعِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّرَ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : يَجُوزُ إِنْ شَرَعَ بِغَيْرِ أَجَلٍ

لا شك في الجواز إذا لم يعين الصانع ولا المصنوع منه ، وأنه سلم يجري على أحكام السلم من تقديم الثمن أو تأخيره اليومين والثلاثة ، وضرب الأجل ووصف العمل .

و (سَلَّمَ) خبر مبتدأ محذوف ؛ أي : فاستصنعه سلم .

(وَيَفْسُدُ... إلخ) هو مذهب ابن القاسم في « المدونة » ، وما علل به المصنف من الغرر هو في « المدونة » ؛ لأنه اشترى موصوفاً معيناً يخرج من هذا المعين ، فقد يخرج وقد لا يخرج ، وذكر ابن المواز عن أشهب الجواز من غير أجل إذا شرع في العمل ، وفي حكم الشروع عنده أن يتأخر إلى ثلاثة أيام .

وكلام المصنف يقتضي أن قول أشهب خلاف للأول ، وقاله غير واحد .

وذهب بعضهم إلى أنهما متفقان ، وأن ابن القاسم منع إذا كان خروجه يختلف ، وأن أشهب أجاز إذا كان خروجه لا يختلف ، والطست بفتح الطاء وكسرهما .

وفي « المقدمات »^(١) : السلم في الصناعات إلى أربعة أقسام : إما ألا يعين الصانع والمعمول منه ، وإما أن يعينهما ، وإما ألا يعين الصانع ويعين المعمول منه ، وعكسه .

فأما الأول : فهو سلم لا يجوز إلا بضرب الأجل ووصف العمل وتعجيل رأس المال .

وأما الثاني : وهو أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه - فليس بسلم ، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع ، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل أو تمكن إعادته للعمل فيجوز على أن يشرع في العمل ، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام ونحو ذلك ، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز بشرط تعجيل النقد وتأخيرته ، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى ثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل .

وأما الوجه الثالث : وهو ألا يشترط عمله بعينه ويعين المعمول منه ، فهو أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع ، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيرته إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيرته .

وأما الوجه الرابع : وهو أن يشترط عمله دون المعمول منه ، فلا يجوز على حال ؛ لأنه يجتذبه أصلاً متناقضان : أحدهما لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضموناً ، وامتناعه لاشتراط عمل العامل بعينه ، وبالله التوفيق .

وَأَمَّا لَوْ اشْتَرَى الْمَعْمُولَ مِنْهُ وَاسْتَأْجَرَهُ عَلَيْهِ جَازٌ

فارقت هذه المسألة التي قبلها بأن التي قبلها لم يدخل المبيع في ملك البائع ، وهذه دخل في ملكه أولاً ثم أجره على عملها .

وقوله : (جَازٌ) هذا على المشهور من جواز البيع والإجارة خلافاً لسحنون في منعه البيع والإجارة إذا كان محل الإجارة في نفس المبيع كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، والجواز مقيد بما إذا كان خروجه معلوماً ، وأما إن اختلف مثل أن يبيعه ثوباً على أن على البائع صبغه أو نسجه أو يبيعه خشبة على أن يعملها تابوتاً فهو ممنوع .

وذكر ابن حارث في كتابه الاتفاق عليه ، إلا أنهم فصلوا فيه بين ما يمكن عوده فيجوز إذا اشترط إعادته حتى يخرج على الوجه المشترط كحديد على أن يضربه سيوفاً لانتفاء الجهالة وبين ألا يمكن عوده فلا يجوز ، كغزل على أن ينسجه للجهل بخروجه ، وإلى هذا أشار بقوله :

وَفُرِّقَ بَيْنَ ثَوْبٍ وَتَوْرٍ يُكْمَلُهُمَا ؛ لِأَنَّ التَّوْرَ مُمَكِّنُ الإِعَادَةِ

يجوز بناء (فُرِّقَ) للمفعول وللفاعل ، ويكون عائداً على مالك ؛ لأنه وقع له هذا في «الموازية» .

ووقع في بعض النسخ (يُكْمَلُهُمَا) وفي بعض النسخ (يَعْمَلُهُمَا) والمسألة إنما هي في «الموازية» على (يُكْمَلُهُمَا) .

وقال ابن عبد السلام : و (يُكْمَلُهُمَا) أقرب إلى النصوص ، قال في «الموازية» «الواضحة» المنع من شراء ثوب نسج البائع أكثره وبقي أسره على أن على البائع نسج باقيه ، وزاد في «الواضحة» ألا يكون الباقي منه يسيراً جداً .

ابن عبد السلام : نقلت كلام ابن حبيب هذا من حفظي ولا إشكال في صحة معناه .
خليل : ولأن نسخة (يَعْمَلُهُمَا) راجعة إلى المسألة التي قبلها .

واعلم أن ما ذكره من عدم الجواز إذا لم تمكن الإعادة مقيد باليسير ، وأما الكثير فلا ؛ لأنه إن فسد عمل له من بقيته كاللبن غير المطبوخ .

نص عليه ابن محرز ، وقال : ولابد من الشروع في العمل لثلا يكون معيناً يضمن إلى أجل ، قال : وأما الممكن الإعادة كالرصاص فيجوز وإن كان يسيراً إلا أنه إن لم يأت على ما شرط أمكنه كسره وإعادته ، قال : ولذلك رأوا ضمانه إن هلك من مشتره ؛ لأنه قد ملكه بالشراء ، وإنما شرط على بائعه صنعة فيه فيضمنه ضمان الصانع .

وَأَمَّا نَحْوُ الْقَصَابِ وَالْخَبَّازِ الدَّائِمِ الْعَمَلِ فَقَدْ أُجِيزَ الشَّرَاءُ مِنْهُ إِجْرَاءً لَهُ مَجْرَى النَّقْدِ ،
وَاسْتَقْرَأَ اللَّخْمِيُّ مِنْهُ السَّلَمَ الْحَالَ

هذا مقابل القسم الذي قبله ؛ لأن الأول الصانع فيه غير معين والمصنوع معين ، وهذا الصانع معين والمصنوع غير معين ، ثم هو ينقسم إلى قسمين :

أحدهما : أن يكون الصانع دائم العمل .

والثاني : ألا يكون دائمه .

وذكر المصنف أنهم أجازوا الشراء من الصانع الدائم العمل كل يوم بكذا ، وهذا هو المشهور ، وروي عن مالك المنع ، وعلى المشهور يشترط أن يكون ذلك موجوداً عنده ،

وأن يشرع في الأخذ ولا يشترط فيه ضرب الأجل ، بل يجوز أن يكون مؤجلاً كغيره ، ويجوز أن يكون حالاً ، وسواء قدم النقد في ذلك أو آخره .

وفي « العتبية »^(١) عن مالك عن سالم بن عبد الله رضي الله عنه قال : كنا نتبايع اللحم من الجزارين بسعر معلوم نأخذ كل يوم رطلين أو ثلاثة بشرط أن ندفع الثمن إلى العطاء .

مالك : ولا أرى به بأساً إذا كان العطاء معروفاً .

ابن رشد^(٢) : ولاشتهارها سميت ببيعة المدينة .

وقوله : (إِجْرَاءٌ لَهُ مَجْرَى النَّقْدِ) يحتمل معنيين :

أحدهما - وهو الأقرب - : أنهم جعلوا المسلم فيه هنا كالحال ، ولهذا أجازوا فيه تأخير رأس المال ، وأبطلوا بقيته بموت المسلم إليه .

ابن القاسم : ولو كان مسلماً لأخذ من تركته .

والثاني : أنه لما كان الغالب من الصانع الذي هذا شأنه تحصيل ما أسلم إليه ، ولا يعوزه وجوده كما لا يعوز غيره ، صار وجوده عنده كالنقد بالنسبة إلى جميع الناس ، فكما يجوز البيع بالعين على الحلول كذلك ، فلفظ النقد على الثاني مستعمل في الدنانير والدراهم ، وفي الأول مستعمل في مقابلة الأجل .

وروي عن مالك أنه لا يجوز تأخير رأس المال في هذه المسألة ، ورآه من باب الدين بالدين .

واختلف لو نقد أكثر هل للمشتري مقال في الفسخ كاستحقاق الأكثر أو لا مقال له في رد القليل المقبوض كالجائحة؟ وعلى أنه لازم في المقبوض وحده فاختلف هل تقع المحاسبة فيما قبض على مقدار ما لم يقبض من غير نظر إلى الزمان ، أو إنما ينظر إلى قيمة ما شرط قبضه باعتبار زمانه ؟ فقد يكون الربع المقبوض أولاً مساوياً لقيمة النصف ، وهو الأظهر ، والله أعلم .

وذكر المصنف أن اللخمي استقرأ من هذه الصور جواز السلم الحال ، وقد تقدم ما يرد هذا الاستقراء ؛ لأنه إنما أجز هذا لتيسيره عليهم بخلاف غيرهم .

(١) « البيان والتحصيل » (١٧/٢٠٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٧/٢٠٨) .

تنبيه :

وأما القسم الثاني وهو ألا يكون مستديم العمل فقال ابن بشير : قد أعطوه حكم السلم وأجازوه للضرورة ، وقال : يشترط أن يكون أصل المسلم فيه يبقى إلى أجل السلم فأبعد ، ويقدم رأس المال ، فإن تعذر شيء من المسلم فيه تعلق بالذمة .

الثالث : أَنْ يَكُونَ فِي الذِّمَّةِ لَثَلًا يَكُونُ بَيْعٌ مُعَيَّنٌ إِلَى أَجَلٍ

وحقيقة الذمة أمر تقديري يفرضه الذهن وليس بذات ولا صفة لها ، فيقدر المبيع وما في معناه كأنه في وعاء عند من هو مطلوب به ، فالذمة هي الأمر التقديري الذي يجري ذلك المبيع أو عوضه مجراه ، أي ولا يجوز بيع معين يتأخر قبضه ؛ لأنه إن لم يكن في ملك البائع ، فالغرر ظاهر ، وإن كان في ملكه فبقاؤه على تلك الصفة غير معلوم ؛ لأنه يلزم منه الضمان بجعل ؛ لأن المسلم يزيد في الثمن ليضمنه له المسلم إليه ، ولأنه إن لم ينقد الثمن اختل شرط السلم ، وإن نقده كان دائراً بين الثمن إن لم يهلك والسلف إن هلك .

فإن قيل : من البياعات ما يجوز بيعه على أن يقبضه المشتري بعد شهر فلم لا أجزه هنا كذلك ؟

قيل : هذا إنما هو في البيع ، وكلامنا في السلم .

فإن قيل : قد أجاز ابن القاسم كراء الدابة المعينة تقبض بعد شهرين ، ويلزم عليه جواز السلم في معين إلى أجل .

قيل : الفرق أن الدابة المعينة ضمانها من المبتاع بالعقد أو التمكن ، فإذا اشترط تأخيرها كان ضمانها من البائع ، فيلزم ضمان بجعل ، بخلاف منافع العين فإن ضمانها من ربها ، فلم يشترط إلا ما وجب عليه .

الرابع : أَنْ يَكُونَ مَقْدُورًا عَلَى تَحْصِيلِهِ غَالِبًا وَقَدْ حُلُولِهِ ؛ لِثَلَا يَكُونَ نَارَةً سَلَفًا وَنَارَةً ثَمَنًا....

قوله : (غَالِبًا) أي : فلا يعتبر عدمه نادراً ؛ لأن الغالب في الشرع كالمحقق .

وقوله : (وَقَدْ حُلُولِهِ) إشارة إلى أنه لا يشترط وجوده قبل ذلك ، وعلى هذا فيجوز السلم فيما له إibar ، وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه في اشتراط وجوده من حين أسلم فيه إلى حين وجوده ؛ لاحتمال الموت والفلس ، ولم

يعتبر أصحابنا ذلك ؛ لأنه من الأمور النادرة .

والظاهر أن العلة التي ذكرها من كون الثمن تارة يكون ثمناً وتارة سلفاً جارية فيما يعرف بعينه وفيما لا يعرف بعينه ، وإن كان ابن عبد السلام يقول : السلف لا يمكن فيما لا يعرف بعينه .

ومعنى : (تَارَةً سَلَفًا) إن لم يقدر على تحصيله (وَتَارَةً ثَمَنًا) إن قدر على تحصيله .

فَلَا يَجُوزُ فِي نَسْلِ حَيَوَانَ بَعِيْنِهِ

أي : من أجل كون اشتراط المسلم فيه مقدوراً على تحصيله عند حلول الأجل امتنع السلم في نسل حيوان معين لفقد الشرط المذكور .

وأجاز اللخمي السلم في نسل حيوان بعينه على صفة معلومة إن وجدت ، بشرط ألا ينقد الثمن ، وبشرط قرب الوضع ، قال : ويختلف إذا كان الموضع بعيداً لموضع التحجير ، فيجوز على أصل ابن القاسم ، ويمتنع على أصل غيره .

سند : وما قاله لا يحتمله المذهب ولا غيره ؛ لأن ما لا يقدر على تسليمه عند الأجل ولا تعرف له صفة يُعَرَفُ بِهَا يمتنع بيعه ، سواء وصف أم لا ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما في الأرحام من غير تقييد ، ولا يعرف فيه خلاف .

وَلَا حَائِظٌ بَعِيْنِهِ إِلَّا أَنْ يُزْهِيَ فَيَكُونُ بَيْعًا لَا سَلَمًا

[وهو معطوف على نسل الحيوان المعين ، (إلا أن يزهي) فيجوز بيعه حينئذ ، ويكون بيعاً لا سلماً] (١) .

قال في « المدونة » (٢) : ومحمل هذا عند مالك محمل البيع لا محمل السلم ، ولم يذكر شروطه ، كما ذكر ابن شاس (٣) وكما ذكر في « المدونة » ؛ لأنه ليس من باب السلم ، وعلى أن بعضها قد يؤخذ بالقوة .

الأول : أن يُزْهِيَ ويصير بُسْرًا ؛ لأن بيعه قبل الإزهاء غير جائز ؛ للنهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

الثاني : أن يذكر القدر من كيل أو وزن أو عدد .

(١) سقط من ط .

(٢) « المدونة » (٣/٥٧) .

(٣) « الجواهر » (٢/٥٥٦) .

الثالث : أن يكون المشتري مما يسعه الحائط .

الرابع : أن يبقى زهوه أو رطبه إلى أجل لا يثمر فيه .

الخامس : أن يكون مؤجلاً .

السادس : أن يذكر ما يأخذ كل يوم ، وهل الأيام متوالية أو متفرقة ، ولا يجوز على

أن يأخذ كل يوم ما شاء ، ولو شرط أخذ الجميع في يوم لجاز .

السابع : أن يسلم إلى مالكة ؛ لأن السلم فيه إلى غيره غرر ؛ إذ قد لا يبيعه المالك .

الثامن : أن يشرع في الأخذ حين الشراء أو بعد أيام يسيرة ، قال في « المدونة » (١) :

والخمس عشرة عشر يوماً قريب ، وقيل : العشرون قريب ، وقيل : لا يجوز التأخير أصلاً ، وإنما جاز أن يشترط أخذه بשרاً أو رطباً لا تمرأ ؛ لُبُعْدِ مَا بَيْنَ الْبُسْرِ وَالرُّطْبِ والتتمير ، فيدخله الخطر بخلاف العقد على ما في الحائط جزافاً فله تركه إلى أن يثمر ؛ لأن الجزاف قد تناوله العقد على ما هو عليه ، وقد تسلمه المبتاع بدليل أنه إذا أراد بيعه لم يمنع ولم يبق على البائع فيه ضمان إلا ضمان الجوائح ، وهو خلاف الأصل ، وفي السلم لا يتناوله على ما هو عليه ، وإنما يتناوله على صفة الجوائح ، وهو خلاف الأصل ، وفي السلم لا يتناوله على ما هو عليه ، وإنما يتناوله على صفة غير موجودة فكان غرراً ، وهذه التفرقة هكذا هي الصواب ، وفي ابن بشير العكس ، وهو خطأ على المذهب لا شك فيه ، قاله ابن عبد السلام .

بعض القرويين : وهذه الشروط إنما تلزم إن سموه سلماً ، وأما إن سموه بيعاً فلا يلزم

ويكون على الفور ؛ إذ بعقد البيع يجب له قبض الجميع .

فرع :

فإن وقع البيع بشرط البقاء إلى التتمير نُظِرَ فإن وقع البيع عليه وهو رطب وقبضه تمرأ

قبل أن يطلع على فساده مضى بلا خلاف .

ابن القاسم : وكذلك يمضي إذا غفل عن الاطلاع عليه حتى يثمر ، فإن وقع وهو زهوه

فتأول ابن شبلون وغيره أنه يفسخ مطلقاً ، وإنما يفوت بما يفوت به البيع الفاسد ، وعلى

هذا فيكون المنع على التحريم .

وقال ابن أبي زيد^(١): يمضي إذا نزل ، وعليه أول « المدونة » ، وفسر الفوات الذي في « المدونة » بالقبض ، ومثله في « الواضحة » ، وفسر غيره الفوات بالعقد .

ومثله في « المَوَازِيَّة » ، وعلى هذين فالمنع على الكراهة ، وصوب عبد الحق وابن يونس تأويل ابن أبي زيد ، وأكثر الشيوخ على تأويل « المدونة » على ما في « الواضحة » يفسخ ما لم يقبض ولو انقطعت ثمرته قبل الاستيفاء رجع بحصة ما بقي اتفاقاً ، قاله ابن يونس وغيره ، وهو خلاف الثمن المضمون ينقطع بعدما أخذ بعض سلمه ، فهذا فيه اختلاف وسيأتي .

قال عيسى بن دينار : رجوعه على حسب المكيلة ، وقال القاسبي وابن شبلون وجُلُّ الأشياء : بل على القيمة ؛ لأنه دخل على أن يأخذ شيئاً فشيئاً ، إلا أن يشترط عليه أن يجده في يومه أو يوم واحد فعلى المكيلة ، وهو ظاهر ، وإذا رجع بالحصة ففي « المدونة »^(٢): يجوز أن يأخذ بتلك الحصة ما يشاء من السلع معجلاً ، فإن تأخر لم يجز ؛ أي : لأنه فسخ دين في دين .

ابن أبي زمنين : وذكر بعض الرواة عن ابن القاسم أنه قال : له أن يأخذ بها ما شاء من السلع معجلاً ، إلا ما كان من صنف الثمرة التي أسلم فيها فلا يجوز أن يأخذ منه إلا مثل ما بقي من الكيل ؛ لأنهما يتهمان أن يكونا عملاً على التأخير ليأخذ منه أكثر من كيله . بعض القرويين : ويجب على هذا ألا يأخذ بما بقي له من رأس ماله ذهباً عن ورقٍ أو بالعكس ؛ لما يخشى أن يكونا عملاً على صرف يتأخر .

قال بعضهم : وإن ذهبت الثمرة بأمر من الله تعالى فينبغي أن يجوز ذلك كله ، وقد يعترض على من قاس هذا على ما قاله ابن القاسم في الصرف المستأخر ، فإن التهمة في فسخ الدين أقوى ؛ لأن فيها دفع قليل في كثير بخلاف الصرف .

بِخِلَافِ غَنَمٍ كَثِيرَةٍ ، لَا يَتَعَدَّرُ الشِّرَاءُ مِنْ نَسْلِهَا ، أَوْ مِصْرٍ لَا يَتَعَدَّرُ الشِّرَاءُ مِنْ ثَمَرِهِ
أي : فيجوز السلم فيهما ؛ أي : لأن غنماً كثيرة ، أو مصراً من الأمصار العظام سلم

(١) « النوادر والزيادات » (٦/ ٧٠) .

(٢) « المدونة » (٣/ ٦١) .

في الذمة حقيقة ، ولو أراد المسلم إليه أن يعطى من غير نسل تلك الأنعام أو من غير ثمرة ذلك الحائط المشتركة فأجراه بعضهم على الخلاف في شرط ما لا يفيد هل يلزم أم لا ؟

وَلَا يَضُرُّ الْانْقِطَاعُ قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ

أي : قبل حلوله ولا بعده كالأشياء التي لها إبار ، وقد تقدم هذا .

بعض القرويين : ولو مات المسلم إليه قبل الإبار فلتوقف تركته إليه ، ولا يقسم ماله حتى يأخذ المسلم حقه ، ولو كان عليه دين يغترق تركته تحاصوا في تركته ، وضرب للمسلم بقيمة شئيه في وقته على ما يعرف في أغلب الأحوال من غلاء أو رخص ، قيل : فيوقف ما صار له ثم يشتري له ما أسلم فيه ، فإن نقص اتبع بالباقي ذمة الميت إن طرأ له مال وإن زاد لم يشتتر له إلا قدر حقه ، وترد البقية إلى من يستحق ذلك من وارث أو مديان ، ولو هلك الموقوف لكان من المسلم إليه ؛ لأن له نماء فعليه ثوابه ، ولم يجروا في هذه المسألة ما وقف للغرماء من مال المفلس ؛ لأن مسألة السلم لم يحل الأجل فيها لكون الإبار لم يأت ، ولو حل لجرى فيها حكم ما وقف الغرماء .

فَلَوْ أَخَّرَهُ حَتَّى انْقَطَعَ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ فِي الْفَسْخِ وَالْإِبْقَاءِ

فلو أخر المسلم إليه المسلم فيه حتى انقطع وخرج إباره فالمشتري - وهو المسلم - مخير بين فسخ العقد ويأخذ رأس ماله ، وبين إبقاء العقد إلى قابل ؛ لأن الحق للمبتاع ، ولم يذكر المصنف إلا هذا القول ، وخرج سند الأقوال المذكورة في تأخير البعض .

وكلام المصنف ظاهر في أن المسلم إليه هو المؤخر ، وينبغي ألا يكون للمسلم تأخير إذا كان التأخير من جهته ؛ لأنه ظلمه بالتأخير فتخييره بعد ذلك زيادة في ذلك الظلم ، وإلى ذلك أشار ابن عبد السلام .

ويشبه هذه المسألة إذا أسلم في أضحية فلم يأت بها البائع حتى فات زمن الأضحية ، وإذا هرب البائع في السلم ممتنعاً من قبض رأس المال ، وفيها في المذهب اضطراب .

فَلَوْ قَبَضَ الْبَعْضُ فَسَتَتْ ؛ يَجِبُ التَّأْخِيرُ إِلَّا أَنْ يَتَرَضِيَ بِالْمُحَاسَبَةِ ، وَقَالَ أَصْبَغُ بَعْكُوسُهُ ، وَقَالَ سَحْنُونُ : يَجِبُ التَّأْخِيرُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : تَجِبُ الْمُحَاسَبَةُ ، وَقِيلَ : الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي ، وَقِيلَ : إِنْ قَبَضَ الْأَكْثَرُ جَازَ التَّأْخِيرُ ، وَإِلَّا وَجِبَتِ الْمُحَاسَبَةُ

أي : إذا قبض بعض المسلم فيه وتأخر بعضه لفقده وذلك في صورتين :

الأولى : أن يسلم فيما له إبار ثم ينقطع ، وهي التي في « المدونة »^(١) وغيرها .
والثانية : أن يسلم في ثمرة قرية مأمونة فتصيب ثمرتها جائحة ، وهي التي ذكر اللخمي فيها الخلاف ، وأما القرية غير المأمونة فحكى عياض وغيره فيها قولين :
 أحدهما : وجوب المحاسبة ولا يجوز البقاء لقابل .

والثاني : الجواز ، وصوبه ابن محرز .
عياض : وأما لو أجيحت فيلزمه البقاء اتفاقاً ، وأما الحائط المعين فيفسخ فيما بقى اتفاقاً ، نقله اللخمي وابن يونس وغيرهما .
وقوله : (فَسْتَهْ) أي : أقوال :

الأول : أن الحكم وجوب التأخير ، ومن دعا إليه منهما كان القول قوله إلا أن يتراضيا بالمحاسبة ، وهو قول مالك الذي رجع إليه في « المدونة » ، وقول ابن القاسم وسحنون ، وصوبه التونسي ؛ لأن السلم يتعلق بالذمة ، فلا يبطل ببطلان الأجل كالدين ولا يتهمان على قصد البيع والسلف ؛ لأن انقطاعه إنما هو من الله تعالى ، وكذلك لو كان هو رب أحدهما ، فإن التهمة أيضاً متفية بخلاف ما لو سكت المشتري عن طلب البائع حتى يذهب الإبار فلا يجوز تراضيهما على المحاسبة ؛ لأنهما يتهمان على البيع والسلف ، وهل من شرط تراضيهما بالمحاسبة ألا يكون رأس المال مقوماً ؟

لم يشترط ذلك ابن القاسم واشترطه سحنون ؛ ليأمننا من الخطأ في التقويم ؛ لأنه إذا كان مقوماً جاز أن يكون مخالفاً بالقلة والكثرة فيكون إقالة في البعض على غير رأس المال إلا أن يكون المردود من الأثواب جزءاً شائعاً فيكون المشتري شريكاً للبائع في رأس المال ، وإذا تراضيا على المحاسبة فلا يجوز أن يأخذ بقية رأس ماله عوضاً ولا غيره ؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه ، قاله أبو بكر بن عبد الرحمن والتونسي ، ولم يعتبروا تهمة البيع والسلف للضرر الداخل عليهما بالتأخير .

القول الثاني لأصبغ عكس الأول : تجب المحاسبة إلا أن يتراضيا بالتأخير ، وَضَعَفَ ؛ لأنه إذا وجبت المحاسبة فليس للمشتري على البائع سوى بقية رأس المال ، فإذا اجتمعا على التأخير لزم فسخ دين في دين ، وأجاب المازري بأن فسخ دين في دين هنا ليس متفقاً عليه ؛ لأنه قد قيل بوجوب التأخير ابتداء .

القول الثالث : وهو قول مالك الأول في « المدونة » ، ونقل عن سحنون أيضاً يجب التأخير ، وليس لهما أن يتراضيا بالمحاسبة ، ووجه ما ذكره التونسي في توجيه الأول .

القول الرابع : لأشهب في « المَوَازِيَّة » : تجب المحاسبة ، ولا يجوز لهما أن يتراضيا على التأخير ؛ لأن الأجل مقصود فيفسخ بفواته ، ولا يجوز لهما أن يتراضيا على التأخير ؛ لأنه كفسخ دين في دين ، ويجوز على هذا أخذ عوض عن بقية الثمن ناجزا كالحائط المعين .

الخامس : لابن القاسم في « المَوَازِيَّة » : الخيار للمشتري في الفسخ والإبقاء ؛ لأن الحق له .

السادس : أن المسلم إذا قبض أكثره جاز التأخير والمحاسبة ، وإن قبض أقله وجبت المحاسبة ، وعزاه ابن يونس لمالك ، وابن بشير لابن القاسم .
لكن استشكل نقل المصنف له ؛ لأن من نقله إنما نقله في الأقل والأكثر ، وقول المصنف وألا يدخل فيه الأقل والمساوي .

الخامس : أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلًا لئَلَّا يَكُونَ بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ إِلَى مُدَّةٍ تَخْتَلِفُ فِيهَا الْأَسْوَاقُ عُرْفًا كَخَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا ، وَقِيلَ : إِلَى يَوْمَيْنِ ، وَقِيلَ : إِلَى يَوْمٍ ...

الشرط الخامس أن يكون المسلم فيه إلى أجل ؛ فلا يجوز الحال ، خلافاً للشافعي لما في الصحيح أنه ﷺ قدم المدينة فوجدهم يسلمون الثمار السنة والستين فقال : « من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .

وقد تجاذبه كل من المذهبين :

فالأول : رأى أن الشرط مركب من الأجل والمعلومية .

والثاني : رأى أن المقصود من الشرط المذكور إنما هو كونه مضبوطاً إلا أنه لا بد من أجل ، وإلا لزم ذلك في الكيل والوزن ولا قائل به .

وقوله : (لئَلَّا يَكُونَ ... إلخ) روى الترمذي وصححه أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عندك ، ورواه أبو داود والنسائي أيضاً .

وقوله : (إِلَى مُدَّةٍ) بيان للأجل المشترط ، وذلك أن أصحابنا لما اشترطوا الأجل قالوا : إن علة ذلك تحصيل مصلحتين :

إحداهما : في حق البائع وهي دفع القليل ليأخذ ما هو أكثر منه .
 والثانية : في الحق المشتري وهو الانتفاع بالثمن ، وقد يحصله بذلك الثمن ثم إن مالكا
 اكتفى بهذا القيد في الرواية المشهورة عنه .
 قال في « المدونة »^(١) : ولم يحد مالك في ذلك حدا ، وهو عين الفقه ، وذكر
 صاحب « المعونة » عنه رواية أخرى بالاكْتفاء بمطلق الأجل .
 وروى ابن القاسم تحديد أقل هذه المدة بخمسة عشر يوماً ، وجعل ذلك مظنة اختلاف
 الأسواق غالباً ، وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر ؛ لأنه اكتفى بقول ابن القاسم عن قول
 مالك ، وجعل الخمسة عشر يوماً مثلاً للمدة الموصوفة ، وليس الأمر عند مالك على
 هذا ، والقول بجواز السلم إلى يوم لملك في « الموازية » ، وباليومين لابن عبد الحكم .
 أصبغ : قال : فإن وقع إلى يومين لم يفسخ ؛ لأنه ليس بحرام بين ولا مكروه بين ،
 واختاره ابن حبيب ، وقال ابن المواز : فسحه أحب إلي ، وهو ظاهر « المدونة » عند ابن
 رشد^(٢) .

وَمِنْ ثَمَّ قِيلَ : يَجُوزُ السَّلْمُ الْحَالِ

أي : وَمِنْ إِجَازَةِ السَّلْمِ إِلَى الْيَوْمِ وَالْيَوْمَيْنِ خَرَجَ بَعْضُهُمْ -وهو التونسي- قولاً بجواز
 السلم الحال ؛ لأن هذه المدة لا تتغير فيها الأسواق غالباً ، وقال غيره : لا يلزم من قال
 هذا إجازة السلم الحال ؛ لأن قائله اشترط ضرب الأجل ، ولعله اعتقد أن الأسواق تتغير
 فيه ، ولا يخرج الإنسان قولاً من مسألة نص فيها على ما يناقضه .

ونقل المتيطي أن أبا تمام روى عن مالك إجازة السلم الحال ، فذكر الباجي^(٣) عن عبد
 الوهاب أنه قال : اختلف أصحابنا في تحرير المذهب ، فمنهم من حكى رواية بجواز
 السلم الحال ، ومنهم من قال : الأجل شرط رواية واحدة ، وإنما اختلفت الرواية عنه في
 مقدار الأجل .

إِلَّا أَنْ يُعَيَّنَ الْقَبْضُ بِلَدٍّ آخَرَ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْأَجْلُ الْمَسَافَةَ وَلَوْ يَوْمًا

هذا مستثنى من قوله : (أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلًا.... إِلَى مُدَّةٍ تَخْتَلِفُ فِيهَا الْأَسْوَاقُ) أي : إلا

(١) « المدونة » (٧٩/٣) .

(٢) « المقدمات » (٢٩/٢) .

(٣) « المنتقى » (٣٠٥/٦) .

أن يكون المسلم اشترط قبضه ببلد آخر فلا يشترط فيها الأجل البعيد ، ويكتفي بأن يكون الأجل مقدار المسافة ولو كانت يوماً ، وتبع في اليوم ابن بشير .

وفي السلم الثالث من « المدونة »^(١) : فإن أسلمت إلى رجل في طعام ببلد على أن تأخذه ببلد آخر مسافة ثلاثة أيام أجاز ذلك .
ابن المواز : أو اليومين .

[ومفهومها]^(٢) يخالف ابن بشير والمصنف إلا أن يكون خرج على سؤال فلا مفهوم له .
وإنما أجازوا مع اختلاف البلدين وإن كان الأجل قريباً لأنه يحصل مع اختلافهما من اختلاف الأسواق ما يحصل في البلد الواحد مع الأجل البعيد .
وقيد ابن أبي زمنين التأجيل بالمسافة بالخروج بالحال والسير في البر أو البحر بغير ربح ، وإلا فلا بد من ضرب الأجل .

اللخمي : واختلف إذا اشترط القبض ببلد ولم يذكر أجلاً ولم تكن عادة فقيل : إن ذلك جائز ؛ لأن تلك المسافة بين البلدين كالأجل ، فيجبر المسلم إليه على الخروج بفور العقد أو التوكيل على الوفاء ، فإذا وصل أجبر على القضاء واستحق القبض حيثئذ ، وقيل : السلم فاسد ، وهو أحسن ؛ لأن السلم يتضمن موضعاً يقبض فيه ومدة يقبض إليها ، فذكر الموضع لا يفهم منه الأجل ، وقال غيره : ليس هذا بخلاف ولكن للمسألة صورتان :

إحدهما : أن يكون السلم يحل بالوصول إلى البلد الثاني .
الثانية : أن يطول زمان مقدار الحلول ؛ فلا بد مع هذا من ضرب الأجل ، وإذا وكل من يخرج لإقباض المبيع .

ابن عبد السلام : فهل من شرط الوكالة في هذه المسألة أن يلزم الموكل ألا يعزل ذلك الوكيل حتى يقبض حق المشتري ، أو لا يحتاج إلى ذكر هذا الشرط ؛ لأن الحكم يقتضيه بسبب حق المشتري ، فلو عزله لم ينعزل كما لا ينعزل وكيل الخصومة إذا أشرف على ظهور الحق أو قاعده خصمه ثلاثاً ؟

(١) « المدونة » (٣/١٤١) .

(٢) في ط : مفهومهما .

وقيل : في مسألة المسلم قول ثالث أن للموكل عزل الوكيل لا مطلقاً ، ولكن إلى بدل ، وفيه نظر ؛ إذ يتعلق حق المشتري بعين الوكيل الأول ؛ لأنه أسهل قضاءً وشبه ذلك ، انتهى .

وحكى الباجي^(١) عن بعض المتأخرين أن التوكيل لا يجزئ إلا أن يضمن الوكيل المسلم فيه ؛ لجواز أن يعزله المسلم إليه فيبطل سفر المسلم .

الباجي^(٢) : ويجوز عندي ألا يكون له عزله كالوكيل على بيع الرهن ، أما الدنانير والدرهم في الذمة على أن يقبض ببلد آخر فلا بد من ضرب الأجل فيها ، ولا تكفي المسافة وإلا كان فاسداً .

والفرق أن العين يتفق فيها الأسعار ؛ فذكرُ البلد لغو ، ولهذا يأخذه بها حيث وجده ، أما لو كانت العين معينة ببلد آخر فالمسافة كافية كالعروض ، ولا بد من شرط الخلف وإن لم يشترط ففي صحة البيع قولان .

وَيَجُوزُ تَعْيِينُ الْأَجَلِ بِالْحَصَادِ وَالدرَّاسِ وَقُدُومِ الْحَاجِّ ، وَالْمُعْتَبَرُ مِيقَاتُ مُعْظَمِهِ لَا الْفِعْلُ ، وَكَخُرُوجِ الْعَطَاءِ ، وَالْمُعْتَبَرُ الزَّمَانُ

أي : ويجوز أن يكون أجل السلم إلى الحصاد والدراس وقدم الحاج ؛ يعني : بالشام ومصر ، وكذلك سائر البيوع ؛ لأنه وقت يعرف بالعادة لا يتفاوت ، والمعتبر زمان معظم الحصاد والجذاذ سواء كان ذلك الطعام حصاداً أو جذاذاً أو لا .

وإليه أشار بقوله : (لَا الْفِعْلُ) أي : لا أوله .

(وَكَخُرُوجِ الْعَطَاءِ) معطوف على قوله : (بِالْحَصَادِ) ، والعطاء : الرواية من بيت المال ، والمعتبر أيضاً زمانه لا نفسه ، وإلا امتنع ؛ لجواز ألا يكون العطاء في ذلك العام أو يتقدم أو يتأخر .

وإِلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ يُكْمَلُ الشَّهْرُ الْمُنْكَسِرُ ثَلَاثِينَ

أي : وإذا وقع البيع إلى ثلاثة أشهر فإن كان في أول شهر فلا إشكال أنها تكون ثلاثة بالأهلة ، وإن كان في بعض شهر كمل شهر ابتداء ثلاثين من الرابع .

(١) « المنتقى » (٣٠٧/٦) .

(٢) « المنتقى » (٣٠٧/٦) .

وقد اختلف المذهب في العدد والأيمان هل يحكم بهذا الذي ذكره المصنف أو يكمل كل شهر ثلاثين يوماً من الذي يليه ؟

وإِلَى رَمَضَانَ يَحِلُّ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ

أي : إذا كان أجل السلم إلى رمضان حل بأول جزء منه ، فيحل باستهلاله ، وفي عبارة بعضهم : يحل بأول ليلة من الشهر ، وذلك أوسع من الزمان الذي يعطيه كلام المصنف .

المازري : وإن قال : إلى يوم السبت حمل على طلوع فجره .

وَفِي رَمَضَانَ بآخِرِهِ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ أَجَلٌ يُغْتَفَرُ مَعَهُ الشَّهْرُ ، وَإِلَّا نُقِصَ

ما صَدَّرَ به المصنف من أنه إذا عقد المسلم على أنه يأخذ في رمضان أنه يحل في آخره تبع فيها ابن شاس^(١) ، وهو قول ابن العطار ، ولكنه كره ذلك ابتداءً وقال : فإن وقع لم يفسخ .

ويؤيده ما في « المدونة » فيمن حلف ليقضين فلاناً حقه في شهر كذا فقضاه في آخره أنه لا يحنث .

وجوابه أن الأجل في الأيمان لا تنافي التوسعة بخلاف البيوع ، ألا ترى أن الحالف لو صرح فقال : لأقضينك حقك في هذا العام في أي وقت لكان له ذلك ، وقيل : إذا مضى معظم الشهر وجب القضاء ، والمنقول عن مالك في « المبسوط » أنه يدفع في وسط الشهر ، وقاله ابن القاسم في « العتبية »^(٢) وفضل ، وقال ابن لبابة : هو أَجَلٌ مجهول حتى يسمى أي وقت في الشهر ؛ أي : فيفسد البيع ، وأنكره ابن زرب وغيره .

ابن راشد : وصحح المازري الفساد لتردده بين أول الشهر ووسطه وآخره .

وضعف قول ابن العطار لكرهاته ابتداءً ؛ لأنه إن كان معلوماً فلا وجه للكرهات ، وإلا فسد ، ثم وجه الكراهة باختلاف العلماء .

ابن راشد : وقوله : (وَقِيلَ : إِنْ كَانَ أَجَلًا) هو قول الباجي^(٣) ، وهو إن كان هذا

القدر نسب إلى جملة الأجل ، زاد الثمن أو نقص بأوله وآخره فإنه يفسخ ، وإن كان

(١) « الجواهر » (٥٥٧/٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٣٣٩/٥) .

(٣) « المنتقى » (٣٠٦/٦) .

الأجل بعيداً بحيث تكون نسبة الشهر لا تزيد ولا تنقص لم يفسخ ، واختلف إذا قال : لصدر شهر كذا ؛ فقال ابن القصار : هو ثلثاه أو النصف ، واحتج بما رواه ابن القاسم في القائل لغرمائه : إن لم تقضني صدرأ من حقي يوم كذا فعلي المشي إلى بيت الله إن لم ألزمك بحقي كله ، فقال مالك : الثلثان أحب إلي .

ولو قيل : النصف لكان قولاً ، إلا أن تكون له نية فذهب مالك إلى أن الصدر أقل من ذلك ، واختاره ابن سهل وحده بالثلث ، لما رواه ابن حبيب عن مالك وابن القاسم وغيره من أصحاب مالك في الحالف ليقضين غريمه إلى أجل سماه ، فلما حل الأجل قضاه من حقه صدرأ مثل الثلث فما فوق ، فإنه [ير به] (١) .

ابن حبيب : ولا أعلمهم يختلفون فيه .

ونص ابن نافع أيضاً على أن الصدر الثلث ، وعلى أن الجل الثلثان ، واختاره ابن رشد .

السَّادِسُ : أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ بِعَادَتِهِ مِنْ كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ أَوْ عَدَدٍ أَوْ ذَرْعٍ أَوْ غَيْرِهِ
قوله : (بِعَادَتِهِ) أي : فما كانت فيه العادة الكيل فلا ينتقل إلى الوزن كالخطة ، وكذلك العكس كالصوف .

قال جماعة : ويجب أن يقدر في السلم بعرف بلده ؛ فإن غيره مجهول فيه .

قوله : (أَوْ عَدَدٌ) كالبيض .

قال في « المدونة » (٢) : ولا بأس بالسلم في البيض عدداً .

الباجي : وصغير الفاكهة يتصور فيه الكيل والوزن والعدد ، ويحمل على عرف بلد السلم ، وما يبيس منها ويدخر كاللوز والبندق وقلوب الصنوبر لا يسلم فيه إلا كلاً .

قال ابن حبيب : ولا يسلم فيه عدداً .

الباجي (٣) : وما قاله بين ؛ لأن المشقة تلحق في عدده ، ثم أشار إلى حمل ذلك على عرفه ، أما الرمان والسفرجل والجوز فروى ابن القاسم عن مالك أنه يباع عدداً .

(١) في ط : يبرته .

(٢) « المدونة » (٦٣/٣) .

(٣) « المنتقى » (٣٠٤/٦) .

ابن القاسم : وإن كان الكيل فيها مَعْرُوفًا فلا بأس به .

وقال ابن حبيب : يسلم فيه كيلاً وعدداً لا وزناً ، وقيل : أما ما عَظُمَ فالعدد فيه أظهر ، ولا ينبغي أن يعد هذا خلافاً ، ويحمل على أن كل واحد تكلم على ما يعرفه من العادة .

وقوله : (أَوْ غَيْرِهِ) كالأحمال والحزم والجزر ، وهي القبض ، وذلك في البقول والقصيل والقرط والقبض .

نص عليه في « المدونة »^(١) ، قيل : وذلك أن يقاس ذلك بحبل فيقال : أسلم لك فيما يسع هذا ويجعلانه عند أمين .

الباجي^(٢) : ولا يجوز أن يقدر بذرع الأرض ، وجوز ذلك أشهب ، لا يقال : قد أجاز مالك في السلم الأول السلم في اللحم تحريماً ، وليس بمقدار معلوم ؛ لأنه قال : إذا كان لذلك قدر عرفوه فهو راجع إلى قدر معلوم .

واختلف في صفة ضبطه ؛ فقال ابن أبي زمين : إنما يجوز فيما قل ، وصفة ضبطه أن يقول : أسلفك في لحم يكون قدره عشرة أرطال مثلاً ، وكذلك الخبز .

وقال ابن زرب : هو أن يعرض عليك قدر ما يقول مثل هذا كل يوم ، ويشهد على المثال ، ولا يجوز على شيء يتحراه .

وفي السلم الثاني من « المدونة »^(٣) : ومن أسلم في ثياب موصوفة بذراع رجل بعينه إلى أجل جاز ذلك إذا أراه الذراع وليأخذ قياس الذراع عندهما كما جاز شراء وية وحفنة بدراهم إن أراه الحفنة ؛ لأنها تختلف .

واختلف في مسألة الوية ف قيل : ذلك حيث لا مكيال ، كما قال في القصعة .

محمد : وقيل : هو جائز كالذراع ، واختلفوا إذا كثرت الويات والحففات ، وأكثرهم على المنع ، ونص عليه سحنون .

أبو عمران : وظاهر « المدونة » رؤية ذراع الرجل المعير خلاف ما في « الموازية » أن السلم جائز وإن لم يره الذراع .

(١) « المدونة » (٦٥/٣) .

(٢) « المنتقى » (٣٠٤/٦) .

(٣) « المدونة » (٦٥/٣) .

وفي « الطرر » : إن كان القاضي نصب للناس ذراعاً لم يجوز اشتراط ذراع رجل بعينه ، كما لا يجوز ترك المكيال المعروف والعدول إلى المجهول ، فإن لم يكن للناس ذراع منصوب فلا يجوز السلم على ذراع رجل بعينه ، وإنما يجوز على ذراع وسط مطلقاً ، ويحملان على الوسط .

فرع :

واختلف في جواز السلم على مثال يريه إياه على قولين حكاهما ابن بشير ، قال : ولا ينبغي أن يعد خلافاً ، وإنما هو خلاف في حال إن قصد بالمثال المشابهة في كل الصفات لم يجوز ، وإن قصد الصفات العامة جاز .

وَالْمَعْدُودُ كَالْبَيْضِ وَالْبَازَنْجَانِ وَالرُّمَّانِ وَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ

هو ظاهر ، وقد تقدم ، وشرط في « المدونة »^(١) أن يصفوا قدر الرمانة والسفرجلة ونحوهما إن كان يحاط بمعرفته .

وَلَوْ عَيْنٌ مَكِيَّالًا مَجْهُولًا فَسَدَ ، وَإِنْ عَلِمْتَ نَسْبَتَهُ كَانَ لَغَوًّا

تصوره واضح .

وقوله : (فَسَدَ) يقتضي فسخه إن وقع ، وهو المشهور ، وكرهه أشهب في الطعام ابتداءً ، ولا يفسخ عنده إن نزل .

وخفف في « المدونة » في شراء العلف والتين والخبط من الأعراب في السفر بمكيال لا تعرف نسبته من المكيال الجاري بين الناس للضرورة .

واختلف فيما أجازة مالك من ذلك في القصعة للأعراب وحيث يعدم الكيل ، ففي « كتاب محمد » أن ذلك جائز في اليسير ، وعن أبي عمران : أنه يجوز هنالك في الكثير إن احتجج إليه كاليسير .

السَّابِعُ : مَعْرِفَةُ الْأَوْصَافِ الَّتِي تَخْتَلِفُ بِهَا الْقِيَمَةُ اخْتِلَافًا لَا يَتَغَابَنُ بِمِثْلِهِ فِي السَّلَمِ ...

الشرط السابع : ذكر الأوصاف التي تختلف بها قيمة المسلم فيه اختلافاً لا يتغابن المتبايعان بمثله ، وظاهره أن الصفة إذا كانت لا تختلف القيمة بسببها أنه لا يجب بيانها في السلم .

(١) « المدونة » (٦٢ / ٣) .

وعبارة غيره أقرب ؛ لأنهم يقولون : يبين في السلم جميع الأوصاف التي تختلف الأغراض بسببها ، واختلاف الأغراض لا يلزم منه اختلاف القيمة ؛ لجواز أن يكون ما تعلق به الغرض صفة يسيرة عند التجار ، وتختلفها صفة أخرى .

وقوله : (في السلم) مفهومه أن السلم يغتفر فيه من الإضراب عن بعض الأوصاف ما لا يغتفر مثله في بيع النقد ولا ينعكس ؛ لأن السلم مستثنى من بيع الغرر ، بل ربما كان التعرض للصفات الخاصة في السلم مبطله له لقوة الغرر ، قاله ابن عبد السلام .

ويشترط أن تكون الصفات معلومة لغير المتعاقدين ؛ لأنه متى اختصم المتعاقدان بعلمهما دل ذلك على ندورهما ، والندور يقتضي عزة الوجود ، وأيضاً فاختصاصها بها يؤدي إلى التنازع بينهما .

وَيُرْجَعُ فِيهَا إِلَى الْعَوَائِدِ ، فَقَدْ تَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الْبِلَادِ

أي : يرجع في تعيين تلك الأوصاف التي تختلف بها القيمة إلى العوائد ، فرب صفة تتعين في نوع دون غيره ، وفي بلد دون آخر .

واستغنى المصنف بهذا الضابط عن مسائل ذكرها أهل المذهب لاندراجها فيما ذكره ، وهذا الضابط ذكره المازري ، قال : يحتاج في الثمن إلى ذكر النوع والجودة والرداءة ، قال : وزاد بعض العلماء : البلد واللون وكبر الثمرة وصغرها ، وكونه جديداً أو قديماً ، ويحتاج في القمح إلى هذه الصفات أيضاً .

واشترط بعض العلماء في القمح وصفاً سابغاً ، وهو كون القمح ضامراً أو ممتلئاً ، ورأى أن الثمن يختلف باختلافه ، ورأى أن الضامر يقل ريعه ، لكن الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن حمل المذهب على أنه لا يلزم اشتراط القدم والجودة في القمح ، واحتج بالرواية الواقعة في السلم أنه إذا أسلم في قمح فأثاه بقمح قديم أنه يجبر على قبوله .

زاد ابن يونس عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه قال : لا يختلف العتيق من الجديد عندنا بإفريقية .

ابن يونس^(١) : وهو يختلف عندنا بصقلية ؛ فلا يجوز حتى يشترط قديم من جديد ، وهل يجب أن يبين السمرء من المحمولة ؟ إن كان بمحل يبتان فيه ، ولا غالب وجب بيانه

(١) الجامع لابن يونس (٨ / ٩٠) .

وإلا فسد ، وإن كان ما يجلبان إليه فرأى ابن حبيب أن تركه لا يفسد ، ورأى الباجي^(١) أن مقتضى الروايات خلاف قوله .

ابن بشير : ولا ينبغي أن يُعدَّ خلافاً ، بل إن اختلف الثمن بهما وجب ذكره وإلا فلا ، أما إن لم يكن إلا واحداً فلا يجب البيان .

واختلف في مثل مصر ف قيل : لا يفتقر إلى الجنس ؛ لأن قِمح مصر جنس واحد في الغالب ، وهو المحمولة .

وقال ابن عبد الحكم وغيره : لا بد أن يسمى الجنس وإلا فسخ البيع .
والأول مذهب « المدونة » ، ففيها : ويقضى بمصر بالمحمولة ، وبالشام بالسمراء ، قال : وإن أسلم بالحجاز حيث يجتمع المحمولة والسمراء ولم يسم جنساً فالسلم فاسد .

فروع :

قال ابن عبد الغفور : وإذا سُمى قمحاً طيباً ولم يقل جيداً فالسلم تام ، وقاله ابن حبيب .

وقال [ابن كنانة]^(٢) : لا بد أن يقول جيداً ، وإلا لم يجز على مذهب « المدونة » ، نقله ابن راشد .

فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ كُتْرَابِ الْمَعَادِنِ ، والدُّورِ ، والأَرْضِينَ لَمْ يَجْزُ بِخِلَافِ غَيْرِهَا

أي : فإن لم يمكن ذكر تلك الأوصاف لم يجز السلم فيه ، ومثلهُ بشيئين :

أولهما : تراب المعادن ، قال في « المدونة » : لأن صفته غير معروفة .

ثانيهما : الدور والأرضون .

وفي التمثيل بهما نظر ؛ لأنه مما يمكن صفتها ، وإنما امتنع السلم فيهما ؛ لأن وصفهما بما تختلف الأغراض به يستلزم تعيينهما فيؤدي إلى السلم في معين .

وذكر المازري عن بعض الأشياخ أنه خرج قولاً بجواز السلم في العقار مما قاله أشهب أنه يسلم في البقول فدادين ؛ لأنه إن لم تصرف الفدادين لم يجز السلم ، وإذا وصف بمكانه صار معيناً .

(١) « المتقى » (٦/٢٩٩) .

(٢) في ط : ابن لبابة .

قال صاحب « المقدمات »^(١) : أربعة أشياء لا يصح السلم فيها .

فذكر الاثنين اللذين ذكرهما المصنف ، وألحق بتراب المعادن الجزاف فيما لا يصح بيعه جزافاً .

قال : والثالث : ما يتعذر وجوده من الصفة .

والرابع : ما لا يجوز بيعه بحال كتراب الصواغين وجلود الميتة .

فَيَذْكُرُ فِي الْحَيَوَانَ النَّوعَ وَاللَّوْنَ وَالذُّكُورَةَ وَالْأُنْثَى وَالسِّنَّ ، وَيُزَادُ فِي الرَّقِيقِ الْقَدُّ ، وَكَذَلِكَ الْخَيْلُ وَالْإِبِلُ وَشِبْهُهُمَا

مذهبنا جواز السلم في الحيوان ، ومنع جماعة من الشيوخ السلم في الآدمي ، ولا سيما جواز الوطء ، وعلى هذا قصر بعضهم المنع اعتقاداً منهم أن الصفات في ذلك لا تضبطه ، وذكر المصنف في الحيوان خمسة أوصاف :

أحدها : (النَّوعُ) فيحتمل أن يريد به النوع حقيقة كنوع الإنسان والإبل ، ويحتمل أن يريد الصنف كالرومي والتركي ، فلا بد من ذكرهما .

الثاني : (اللَّوْنُ) وجعله المصنف معتبراً في جميع الحيوان ، وقد نص في « الجواهر »^(٢) على اعتباره في الإبل والخيل ولم يذكره في الطير .

واعلم أن ذَكَرَ الجنس يغني عن اللون في الرقيق ، فجنس النوبة السواد ، والروم البياض ، والحبش السمرة ، لكن يحتاج هذا إلى بعض عرضيات النوع كالدهمي والأحمر والبياض الشديد ، وذكر سند أن اللون لا يعتبر عندنا في غير الرقيق ، ولعله اعتمد على المازري ، فإنه لم يذكر اللون في غيره .

وليس بظاهر ؛ فإن الثمن يختلف به ، وقد ذكره بعضهم في الخيل وغيره من الحيوان . ابن بشير وغيره : وحظ الفقيه المفتي في هذا أن يحيل على العارفين بالعوائد ، فما حكموا أن الأثمان والأعراض تختلف به يجب ذكره .

الثالث : (وَالذُّكُورَةَ وَالْأُنْثَى) وهما معتبران في جميع الحيوان ؛ لاختلاف الثمن بهما .

(١) « المقدمات » (٢ / ٢٧) .

(٢) « الجواهر » (٢ / ٥٦١) .

الرابع : (السِّنُّ) وهو أيضاً مطلوب في الجميع .

الخامس : يختص بالرقيق وهو (القَدُّ) .

وفي بعض النسخ (القَدْرُ) والمعنى واحد ، فيقال : طويل أو قصير أو متوسط .
قوله : (وَكَذَلِكَ الْخَيْلُ وَالْإِبِلُ) ظاهره أنه يشترط فيهما ، وما أشبههما ذكر القد ،
وذكر سند أنه لا يشترط ذلك فيما عدا الإنسان ؛ فانظر ذلك .

وبقى عليه من شروط الحيوان الجودة والدناءة ، وإن كانت أنثى الثوبية والبكارة ،
ذكرهما المازري ، على أنه قال في الثوبية والبكارة : إن كان الثمن يختلف بذلك ، وقيد
سند بالعليات .

وَلَا يُشْتَرَطُ فِي اللَّحْمِ فَخِذٌ وَلَا جَنْبٌ ، وَلَا يُؤْخَذُ مِنَ الْبَطْنِ إِلَّا بَعَادَةً ، وَقَالَ ابْنُ
الْقَاسِمِ : أَيْكُونُ لَحْمٌ بِلا بَطْنٍ ، قِيلَ : فَمَا مِقْدَارُهُ ؟ قَالَ : ﴿ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا ﴾
[الطلاق: ٣] لَأَنَّهُا كَانَتْ عَادَتُهُمْ

للسلم في اللحم شروط :

أولها : الجنس من إبل أو بقر أو ضأن أو معز .

ثانيها : السن من صغر أو كبر .

اللخمي والمازري : فيقال : ثني أو رباع أو جذع .

ثالثها : السمن والهزال ويقضى في مطلقها بالعرف ، قاله في « الموازية » و
« الواضحة » ، ويختلف فيه كما في مطلق الجودة والطعام هل يقضى فيها بالعرف الغالب أو
ما يتناوله الاسم فقط .

رابعها : الراعي والمعلوف ، قاله المازري .

الباجي^(١) : ولم أر لأصحابنا تفريقاً بين الذكورة والأنوثة ، فإن كان مؤثراً في الثمن
لزم ذكره ، ونحوه لعبد الوهاب وغيره ، وشرطه أصحاب الشافعي - رحمه الله تعالى .

المازري : والخصي والفحل .

وقال الباجي : ولم أر لأصحابنا تفريقاً فيه .

سند : وعندي ذكره حسن .

ابن حبيب وابن المواز : ليس عليه ذكر موضع اللحم .

ابن حبيب : وإن ذكر فحسن .

ابن القاسم : وإنما يشترطه أهل العراق ، وهو معنى قول المصنف : (ولا يُشترَطُ في اللَّحْمِ فَخْذٌ وَلَا جَنْبٌ) .

وقال عبد الوهاب^(١) : إن اختلفت الأغراض بموضعه من الشاة ذكره ، قال : ولا يؤخذ من البطن إلا بعادة .

وقال ابن القاسم : لا يخالفه ؛ لأن العادة كانت جارية عندهم بأخذها .

وفسر في « المدونة » قوله : ﴿ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا ﴾ [الطلاق: ٣] بأن ذلك على قدر البطن من قدر الشاة .

خليل : والعادة الآن جارية بمصر أن البطن لا يخلط مع اللحم ، ولذلك وإن كان البطن لحماً وجزءاً من الشاة فإن المتبادر إلى الذهن من اللحم عند إطلاق اللفظ ما عدا البطن ، فلا يلزم المسلم أن يأخذ من البطن إلا بشرط لفظي أو عادي ، والمراد بالبطن ما احتوت عليه من كرش أو مصارين وغيره .

وَيَذْكُرُ فِي الثِّيَابِ النَّوعَ ، وَالرَّقَّةَ وَالْغَلْظَ ، وَالطُّوْلَ ، وَالْعَرْضَ

النوع ؛ أي : من قطن أو كتان والرققة وما بعده ظاهر .

والغلظ والطول والعرض ، زاد المازري : والصفاقة والخفة ؛ والبلد ؛ لاختلاف الثمن باختلاف البلد .

وكان المصنف استغنى عن ذكر هاتين الصفتين اكتفاءً بما قدمه حيث قال : معرفة الأوصاف التي تختلف بها القيمة ، وليس عليه أن يذكر وزنه ولا جيداً ، قاله ابن القاسم في « المدونة »^(٢) .

سند : وروي أن الجودة تدخل تحت غيرها من الأوصاف .

(١) « المعونة » (٩٨٧ / ٢) .

(٢) « تهذيب المدونة » (٥٨ / ٣) .

وَلَوْ اشْتَرَطَ فِي الْجَمِيعِ الْجُودَةَ وَالِدَنَاءَةَ جَازَ ، وَحُمِلَ عَلَى الْغَالِبِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
فَالْوَسْطُ....

مراده والله أعلم بالجميع جميع أنواع المسلم فيه ، ويحتمل ما تقدم له من الثياب
والحيوان ، وأما الطعام فقد ذكروا أنه إذا ذكر صنفه فلا بد أن يصفه بالجودة والدناءة
والوسط ؛ لأن الصنف الواحد يختلف بذلك ، انتهى .

وقد تقدم من كلام المازري أنه يشترط في الحيوان ذكر الجودة والدناءة ، وأما اللحم فلم
ينصوا عليها فيه .

قال في « المدونة » : وإن لم يذكر في الطعام الجودة والدناءة فالسلم فاسد .

التونسي : اجتزى في صفة الطعام أن يقول جيداً ولم يجتز في صفة الحيوان بفاره ولا
من الثياب بجيد ، والفرق بينهما أن الطعام يعرف الجيد منه فلا يختلف الجيد منه اختلافاً
متبايناً ؛ فيكون له وسط الجيد والفاره من الحيوان ، والجيد من الثياب يختلف اختلافاً
متبايناً لا متقارباً ، ثم هل يكفي ذكر الجودة فيما هي فيه شرطه وهو المذهب ، أو لابد أن
يقول غاية الجودة ، وإلا بطل السلم ، قاله ابن العطار ؟

وزيفه الباجي^(١) بأن الغاية غير محصورة ، وبأنه لا يلزم ذلك في سائر الأوصاف
كالطول والقصر والبياض والسواد ، ثم إذا اشترطت الجودة ، فقال ابن حبيب وابن المواز :
يقضى بالغالب من الجيد ، وإليه أشار بقوله : (حُمِلَ عَلَى الْغَالِبِ) وإن لم يكن غالباً
فقال الباجي^(٢) : يحمل على ما يقع عليه اسم الجيد .

سند : ورأى غيره أن العرف يقتضي في الإطلاق الوسط من الجيد كما في النكاح على
غنم موصوفة ، وعلى هذا الأخير اقتصر المصنف .

وَأَدَاؤُهُ بِجِنْسِهِ بَعْدَ أَجَلِهِ بَارِداً أَوْ بِنَوْعٍ آخَرَ يَجُوزُ ، وَبِاجُودٍ يَجِبُ

أي : أداء المسلم فيه .

ومراده بهذا الفصل الكلام على حكم اقتضاء المسلم فيه جوازاً أو منعاً .

ابن عبد السلام : والباء للمصاحبة في الثالث ، والأول والثالث مجاز ؛ لأن الشيء لا

(١) « المنتقى » (٦/٣٠١) .

(٢) « المنتقى » (٦/٣٠١) .

يفارق جنسه ولا نوعه ، والباء الثانية حقيقة ؛ لأن صفتي الجودة والدناءة يعتذران على الماهية ، انتهى .

وقال بعضهم : الأولى بمعنى عن ، و (أَدَاؤُهُ) خبر مبتدأ على حذف مضاف ؛ أي : هذا باب أداؤه كسائر التراجم .

وقوله : (بِجِنْسِهِ) خبر مبتدأ محذوف ؛ أي : إثباته بجنسه .

و (بِأَرْدَاً) : بدل من جنسه ، ولا يقال : فيه إبدال مشتق من جامد ؛ لأننا نقول هو غير ممتنع ، وإنما هو قليل ، وهذا هو الذي يؤخذ من كلامه في « الجواهر » (١) .

وتكلم المصنف على الأردأ والأجود ولم يتكلم على المساوي لوضوحه ، واحترز بالجنس من غيره وسيأتي ، ويبعد أجله من قبله كما سيأتي .

وقوله : (بِأَرْدَاً) يريد : سواء كان من نوعه أو من نوع آخر كمحمولة عن سمراء ؛ لأنه جنس اقتضاء .

ونبه بقوله : (يَجُوزُ) على أنه لا يجب القبول ، وكلام المصنف عام بالنسبة إلى الطعام وغيره .

ابن عبد السلام : وفي الطعام إشكال ؛ لأن المخالفة في الصفة والنوع إن كان غير ما في الذمة وجب قبوله ، وإن لم يكن هو الحق فلا يجوز قبوله وإن اتفقا عليه ؛ لأن قبوله بيع ثان فيدخل تحت عموم النهي عن بيع الطعام قبل قبضه .

لا يقال : مقتضى إطلاق المصنف جواز اقتضاء الأردأ وإن كان أقل كيلاً ، وقد منعه ابن القاسم في السلم الثالث كمن أخذ خمسين محمولة من مائة سمراء إذا كانت بمعنى الصلح والتبايع .

وأما إن كان على الإبراء فجائز كمن أخذ خمسين عن خمسين وبقيت له خمسون ثم أبرأه منها بعد ذلك فيجوز .

لأننا نقول : إنما تكلم على الأردأ المساوي في الكيل ، وقد نص سند على أنه لا يجوز أن يقتضى أدنى النوعين عن الآخر إذا خالف في القدر ، وأنه لو نقص كف واحد لم يجز .

فرع : منع مالك اقتضاء دقيق من قمح وبالعكس مراعاة لمن قال : إنهما جنسان ، فيؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه .

قوله : (وَبِأَجُودَ يَجِبُ) هو معطوف على قوله : (بِأَرْدَاً) ومعناه إذا قضاه جنس ما في الذمة ونوعه لكنه أجود صفة فإنه يجب قبوله ؛ لأنه حصل المقصود وزيادة ، وتبع في وجوب القبول ابن شاس .

ابن عبد السلام : وهو قول غير واحد من المتأخرين .

خليل : والمذهب خلافه ؛ لأن الجودة هبة لا يجب قبولها .

وفي الصرف من « المدونة » (١) : ومن اقترضته دراهم خلافه ؛ لأن الجودة هبة لا يجب قبولها .

وفي الصرف من « المدونة » : ومن أقرضته دراهم يزيدية فقضاك محمدية أو قضاك دنائير عتقى عن هاشمية ، أو قضاك سمراء عن محمولة أو شعير لم يجبر على أخذها ، حل الأجل أو لم يحل .

ابن القاسم : وإن قبلها جاز في العين من بيع أو قرض قبل الأجل أو بعده ، والمحمولة والعتق والسمراء أفضل .

وَقَبْلَهُ بِصِفَتِهِ يَجُوزُ

أي : قضاؤه قبل الأجل من نوع ما في الذمة ، وصفته جائز ، وإن أبى من الأخذ لم يلزمه ؛ لأن الأجل في السلم من حق كل من المتبايعين ، وتحرز بصفته من الأجود منه أو الأردأ فلا يجوز ؛ لأنه في أخذ الأجود : حُطَّ الضمانَ وَأَزِيدُكَ ، وفي الأردأ : ضَعُ وَتَعَجَّلْ .

فَإِنْ زَادَهُ قَبْلَ الْأَجْلِ دَرَاهِمَ عَلَى ثَوْبٍ أَعْرَضَ أَوْ أَطْوَلَ جَازَ أَنْ عَجَّلَهَا ، وَفِيهَا : لَأَنْهُمَا صَفَقَتَانِ كَفَزَلِ يَنْسِجُهُ ثُمَّ زِدْتُهُ لِيَزِيدَ طَوْلًا ، وَقَالَ سَحْنُونُ : دَيْنٌ بَدَيْنٍ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ

أي : وإن زاد المسلم للمسلم إليه في ثوب موصوف دراهم على أن يأخذ ثوباً أطول من ثوبه .

زاد في « المدونة »^(١) من الصفة أو من غير الصفة جاز بشرط تعجيلها ؛ أي : الدراهم لا الثوب الطويل ، هذا ظاهر قوله ، وهو الذي قاله ابن عبد السلام .

واعترضت هذه المسألة بأن الثوب الأطول إما أن يكون معيناً أو في الذمة ؛ فالمعين حاضر لا معنى لاشتراط تعجيل الدراهم ؛ لأن الثوب الطويل حينئذ يكون بعضه مأخوذاً عن الثوب القصير الذي في الذمة وبعضه مبيع بالدراهم ، ويصح بيع ذلك البعض بنقد وينسيئة ، وإن كان في الذمة لم يجز ، وهو ظاهر ما فهمه سحنون ؛ لأنه إذا اشترط تعجيل الثوب الأطول يلزم المسلم الحال ، وإن لم يشترط فهو فسخ دين في دين .

وقال بعض من تكلم هنا : إن ضمير (عَجَلَهَا) عائد على الزيادة ؛ أي : يجوز بشرط تعجيل الزيادة ؛ لأنه إن تأخرت وكانت في صفقة فهو بيع وسلف تأخير بما عليه سلف وزيادة بيع بالدراهم ، وإن كان على غير صفقة فهو دين بدين ، وأما ثمن الزيادة فيجوز تأخيرها ، قال في كتاب الصرف من « المدونة »^(٢) فيمن لك عليه لحم [أو]^(٣) حيتان وأقضيته فوجدت فيه فضلاً عن وزنك :

فجائز شراؤك تلك الزيادة نقداً أو إلى أجل إن كان الأجل قد حل .

خليل : وفيه نظر ، والظاهر ما قاله ابن عبد السلام ، وما ذكره من مسألة الحيتان ليس فيها دليل ؛ لأنه لما أتى بما عليه وفضلت فضلة واشتراها كان ذلك شراءً محضاً ليس من السلم في شيء ، ثم لا يصح على هذا إلا أن يحمل قوله : (عَجَلَهَا) أي : عند الأجل مع الأصل ، وليس بظاهر ؛ إذ المسألة مفروضة قبل الأجل ، فإن ابن يونس وغيره إنما نقلوا قول سحنون قبل الأجل .

وعلى هذا فليعتمد في كلام المصنف على فسخه قبل الأجل ، وإن كان الواقع في أكثر النسخ : (بَعْدَ الْأَجْلِ) .

وقد ذكر سند الإجماع على الجواز بعد الأجل إذا كان المزيد فيه على الصفة ؛ يعني : بشرط أن يعجل الجميع .

(١) « المدونة » (٣/١١٣) .

(٢) « المدونة » (٣/١٢٨) .

(٣) سقط من ط .

قال في « المدونة » ^(١) : وإن أسلمت في ثوب موصوف فزدته عند الأجل دراهم على أن يعطيك ثوباً أطول منه في صفة من صنفه أو من غير صنفه جاز إذا تعجلت ذلك ؛ أي : وإما إن لم يتعجل فلا يجوز ؛ لأنه بيع للزيادة وسلف لتأخير الثوب الأول .

ابن يونس : فإن قيل : لم منع التأخير بعده لعله البيع والسلف وأجاز ذلك قبل الأجل ، ولم يجعله ثوباً مؤجلاً ودراهم نقداً بثوب مؤجل أطول منه فيكون ديناً بدين كما قال سحنون ؟

قيل : الفرق أنه قبل الأجل لم يملك المسلم تعجيل الثوب حتى يعد تأخير به سلفاً ، وأما بعده فقد ملك تعجيل الثوب فيكون تأخير به سلفاً ، والزيادة بيع ، فيدخله البيع والسلف .

وقوله : (وَفِيهَا : لِأَنَّهُمَا صَفَقَتَانِ) استدل به في « المدونة » على الجواز في جواب السائل لما قال له : لم أجزته وقد صارت صفقة فيها دراهم نقداً ودراهم إلى أجل بثوب إلى أجل ؟ قال : ليس هي صفقة واحدة ، ولكنها صفقتان وللتحقيق أنها صفقتان إنما يجوز ذلك بشرط أن يبقى من الأجل مثل أجل السلم ؛ لأنها صفقة ثانية ، وعلى هذا فيلزم تقديم الثمن .

وقيد عبد الحق ^(٢) ما في « المدونة » فقال : يريد : أنه لو اشترط عليه في أصل العقد أنه يزيده بعد مدة كذا وكذا لم يجز ، ولو قال : أسلمته إليك في كذا على أني إن زدتك في الثمن زدتك في الطول لم يجز أيضاً ؛ لأنها صفقة واحدة عقدت على غرر .

وقوله : (كَغَزَلٍ يَنْسَجُهُ) استدلال من ابن القاسم لقول مالك في النسيج ، ونصه ^(٣) : قال لي مالك : لا بأس به في النسيج إذا دفع الرجل الغزل إلى النساج على أن ينسج له ثوباً ستة في ثلاثة ، فزاده درهماً وزاده غزلاً على أن يجعله سبعة في أربعة ، فقال السائل : مسألتي بيع وهذه إجارة فكيف يكون مثله ؟ قال : الإجارة عند مالك بيع من البيوع ؛ أي : أن الإجارة والبيع كلاهما عقد معاوضة مالية ، ويمتنع فيها الغرر ويقعان على مضمون ومعين ، فما يمتنع في أحدهما يمتنع في الآخر .

(١) « المدونة » (١١٣ / ٣) .

(٢) « النكت والفروق » (١٨٧ / ٢) .

(٣) « المدونة » (١١٤ / ٣) .

قوله : (وَقَالَ سَحْنُونٌ : دَيْنٌ فِي دَيْنٍ) أي : لأن الزيادة في طول الثوب تغيير للصفقة الأولى كالزيادة في صفاقته وخفته .

قوله : (بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ) أي : أن سحنون فرق بين السلم والإجارة بأن في السلم نقله من مضمون إلى مضمون ، وذلك فسخ دين في دين ، والإجارة والمستأجر عليه معين ؛ فهو في حكم البيع للمعين ، ولهذا يجوز فيها تأخير العوض ، ولولا أنها في حكم المعين ما جاز تأخير العوض فيها ؛ لأنه يكون دين بدين .

قال في « النكت » : وفي قول سحنون نظر ؛ لأن الإجارة أيضاً في ذمته ، ألا ترى أنه لو مات لم تنفسخ الإجارة ، ويستأجر من ماله من يتم العمل ، فصار كل منهما ديناً عليه .

تنبيه :

إنما وقعت المسألة في « المدونة » في ثوب أطول والمصنف قال : (أَطْوَلَ أَوْ أَعْرَضَ) وفيه نظر .

ومقتضى كلام اللخمي أن الأعرض يتفق فيه على المنع ؛ لأنه قال : إن زاده دراهم قبل الأجل ليأخذ إذا حل الأجل أصفق أو أرق أو أعرض لم يجز ، وهو فسخ دين في دين ، ويجوز ذلك إذا حل الأجل إذا كان يقبض العوض الثاني قبل الافتراق .

وإن زاده قبل الأجل ليأخذ أطول ، وهو على الصفة في الجودة جاز ذلك عند ابن القاسم ، وقال سحنون : هو فسخ دين في دين .

والأول أصوب ، وهو مقتضى كلام ابن يونس .

وَيُغَيَّرُ جَنْسُهُ بَعْدَ أَجَلِهِ يَجُوزُ بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ : أَنْ يَكُونَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مِمَّا يَبَاعُ قَبْلَ قَبْضِهِ
فَيُخْرِجُ الطَّعَامَ

أي : وإن كان قضاء المسلم فيه بجنس مخالف لجنسه ، وذلك بعد أن حل أجل السلم فإنه يجوز بثلاثة شروط :

أحدها : (أَنْ يَكُونَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مِمَّا يَبَاعُ قَبْلَ قَبْضِهِ) تحرز به مما إذا كان المسلم فيه طعاماً فلا يجوز أن يقتضى عنه من غير جنسه ، كما لو اقتضى فولاً أو عدساً عن قمح ، وأجازوا إذا أسلم في سمراء أن يأخذ عنها محمولة وبالعكس ، وكذلك القمح والشعير ، وكان

ينبغي أن يحتاطوا بالمنع ؛ لأنه قيل : إنهما جنسان كما احتاطوا بالمنع في القمح والدقيق كذلك .

وَأَنْ يَكُونَ الْمُقْتَضَى مِمَّا يُسَلَّمُ فِيهِ رَأْسُ الْمَالِ فَيَخْرُجُ أَخْذُ الطَّعَامِ وَرَأْسُ الْمَالِ طَعَامٌ ،
وَالذَّهَبُ بِالْوَرِقِ وَعَكْسُهُ ، وَالْعُرُوضُ بِصِنْفِهَا

هذا ثاني الشروط ؛ وهو : أن يكون المقتضى ؛ أي : المأخوذ عوضاً عما في الذمة مما يصح أن يسلم فيه رأس المال ، وذكر أنه احترز بهذا الشرط من ثلاث مسائل ، وتصورها واضحة ، ومنعت سدا للذريعة .

ويستثنى من الأول إذا كان الطعام المأخوذ مساوياً لرأس المال فإنه يجوز ويعد إقالة ومن الثانية ما إذا زاد أحد العوضين على الآخر زيادة كثيرة لبُعْدِ التُّهْمَةِ حيثُذ عن الصرف المستأخر ، ومن الثالثة ما إذا كانت العروض المأخوذة مثل رأس المال .

وَأَنْ يَكُونَ الْمُقْتَضَى مِمَّا يَبَاعُ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ يَدًا بِيَدٍ ، فَيَخْرُجُ أَخْذُ اللَّحْمِ عَنِ الْحَيَوَانِ ،
وَعَكْسُهُ

هذا ثالث الشروط ، وتصوره واضح .

وَقَبْلَ أَجَلِهِ يُزَادُ : أَنْ يَكُونَ الْمُقْتَضَى مِمَّا يَبَاعُ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ إِلَى أَجَلٍ فَيَخْرُجُ صِنْفُ
الْمُسْلَمِ فِيهِ الْأَعْلَى وَالْأَدْنَى

هذا قسيم قوله : (بَعْدَ أَجَلِهِ) يعني : وإن وداه بغير جنسه قبل أجله اعتبرت الشروط الثلاثة .

وزيد رابع ؛ وهو : أن يكون المقتضى مما يصح سلمه فيما يثبت في الذمة إلى أجل ، فلا يجوز أخذ أعلى أو أدنى ؛ لأنه في الأعلى يلزم حُطُّ الضَّمَانِ وَازِيدُكَ ، وفي الأدنى : ضَعُّ وَتَعَجُّلٌ .

والظاهر أن مراده بالأعلى والأدنى في الصفة ؛ لأنه غالب اصطلاح الفقهاء ، ويكون سكت عن الأكثر والأقل في القدر ؛ لأنه مساوٍ له .

وإن كان ابن عبد السلام قال : الأقرب أن المصنف أراد في القدر ؛ لأنه مساوٍ له ، وإن كان ابن عبد السلام قال : الأقرب أن المصنف أراد بالأعلى والأدنى في الصفة والمقدار .

وَفِي اشْتِرَاطِ زَمَانِي سَلَمٍ لَتَوْسَطِ الْمُقْتَضَى قَوْلَانِ

يعني : أنه اختلف هل يُضم إلى الشروط السابقة شرط آخر ، وهو أن يكون قد مضى من يوم عقد السلم إلى زمان الاقتضاء أجلُ السلم ، وأن يكون قد بقي فيما بين الاقتضاء وحلول الأجل الأول مقدار أجل السلم على قولين حكاهما ابن بشير .

وذلك أنا لما اشترطنا صحة سلم رأس المال في هذا المقتضى واعتبرنا أيضاً أن يكون المقتضى مما يجوز سلمه في السلم فيه استلزم ذلك عقدتي سلم .

وقيل : لا يشترط ذلك في الصورتين ؛ لأن اشتراط الأجل في السلم ليس بالقوي ؛ فلا يتحرز منه بخلاف ما تقدم من الشرط .

وبنى ابن بشير القولين على أن المأخوذ عما في الذمة سلف فلا يشترط الأجل أو بيع فيشترط .

وذكر بعضهم أن هذا الخلاف إنما يحسن إذا كان المقتضى مخالفاً في الجنس ، وأما إن كان موافقاً فلا يشترط الأجل ؛ لأنه في معنى القرض ، والقرض يجوز حالاً ومؤجلاً ؛ نعم يشترط فيه ما يشترط في القرض ، وصورة ما ذكر أن يسلم ديناراً في قنطار حناء إلى شهر فقتضى له فيه غير الجنس وهو قنطار من كتان مثلاً عند تمام خمسة عشر يوماً فهو رأس المال هنا ، لأنه يقتضي من ذمته .

وصورته أيضاً أن يسلم ديناراً في ثوب ثم اقتضى فيه حماراً ، فإن لم يكن أجل السلم بين عقد السلم والاقتضاء كان سلماً حالاً ؛ لأن المعتبر أفعالهما كأنهما عقداً سلماً على الحمار المقتضى ، وذكر الثوب وشبهه لغو ، ووجه اشتراط مدة السلم بعد الاقتضاء أنه إن لم يكن أدى ذلك إلى السلم الحال أيضاً ، ثم إن المسلم إليه ثبت في ذمته ثوب يأخذ الحمار .

الزَّمَانُ : وَلَا يَلْزَمُ قَبُولُ الْمُسْلِمِ فِيهِ قَبْلَهُ بِالْكَثِيرِ ، وَبِالْيَوْمَيْنِ يَلْزَمُ

لما فرغ من شروط السلم وآدابه شرع في زمانه ومكانه ، ولما كان الأجل في السلم من حقهما لم يكن للمسلم ولا المسلم إليه التعجيل إلا برضاهما ، وهذا هو القياس ، لكن استحسن جماعة من المتأخرين ما رواه أشهب عن مالك أنه إذا قدم المسلم إليه باليوم أو باليومين لزم المسلم قبوله .

وعلى هذا اقتصر المصنف ؛ لأن التأخير إنما كان من حق المسلم لاختلاف الأسواق ، واليومان لا تختلف فيهما الأسواق غالباً ، ولهذا قيد بعضهم هذا بما إذا كانت قيمة السلعة الآن مساوية لقيمتها بعد يومين .

وظاهر « المدونة » خلافه لقوله : وإن كان لك على رجل طعام فأتاك به لم تجبر على أخذه ، وإن كان من قرض جبرت على أخذه .

لكن ذكر ابن محرز عن الأشياخ أنهم فهموا الكتاب على ما رواه أشهب .
ابن راشد : ولو حل الأجل فكان رب السلم غائباً ، ورفع المسلم إليه إلى القاضي وقال : لا أرضى ببقائه في ذمتي واقتضه للغائب أيها القاضي ، فحكى التونسي أنه يلزم القاضي أخذه وإيقافه للغائب .

ومثله في « المدونة »^(١) في باب المفقود ، وظاهر ما في العيوب خلافه .

وَالْمَكَانُ : مَا يُشْتَرَطُ وَإِلَّا فَمَكَانُ الْعَقْدِ

تصوره واضح ، وما ذكره من الصحة إذا لم يشترط المكان هو المشهور ، وفي كتاب ابن حارث إذا لم يذكر موضع القضاء فسد السلم .

فَلَوْ عَيْنَ الْفُسْطَاطِ جَازَ ، فَلَوْ تَشَاحًا فَسُوقُهَا

أي : إذا اشترط التسليم بالفسطاط جاز ، وهو مأخوذ مما تقدم ، وإنما مراده به التوصل إلى ما بعده من التشاح ، فإذا تشاح في جهاته قضى بالتسليم في سوق تلك السلعة ؛ لأنه أخص بقاع البلد ، وهذا هو المشهور .

وقال سحنون في « الموازية » : على المسلم إليه أن يوصله إلى دار المسلم .

التونسي : وهو المحكوم به اليوم ؛ لأن الناس اعتادوا ذلك ، هكذا أشار إليه اللخمي أن الاعتبار بالعادة .

فرعان :

الأول : إن لم يكن للسلعة سوق فالمشهور أنه يلزمه القبول حيثما قضاه ، وقال سحنون : بدار المسلم .

وقال ابن القاسم في سماع عيسى : بالموضع الذي قبض فيه رأس المال .

(١) « المدونة » (٢ / ٣٤) .

ابن بشير : وهذا ليس بخلاف ، وإنما يرجع إلى العوائد .

الثاني : إذا اختلفا في الموضع الذي شرط القبض فيه فقال ابن القاسم : القول قول من ادعى موضع العقد وإلا القول قول المسلم إليه إن أتى بما يشبهه ، وإلا فقول المسلم إن أتى بما يشبهه ، وإن تباعدا تحالفا .

وقال سحنون : القول قول المسلم إن ادعى الآخر موضع العقد ؛ لأنه صاحب الحق .

وقال أبو الفرج : إن لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا ؛ لتساويهما .

فَإِنْ ظَفَرَ بِهِ فِي غَيْرِهِ وَكَانَ فِي الْحَمْلِ مُؤَنَّةً لَمْ يَلْزَمْ ، وَإِلَّا فَقَوْلَانِ

يَحْتَمِلُ : فإن ظفر من عليه الدين بالطالب وأراد المديان التعجيل فامتنع الطالب ، ويحتمل عكسه ؛ فعلى الأول فقال ابن بشير وغيره : المسألة على ثلاثة أقسام :

إن كان الدين عيناً وجب قبوله ، قال في «أنواره»^(١) : إلا أن يتفق أن للطالب فائدة في التأخير كما لو حصل في الزمان خوف أو فيما بين البلدين .

وإن كان الدين عروضاً لها حملٌ أو طعاماً فلا يجبر على قبوله ، وإن لم يكن لها حمل كالجواهر فقولان : المشهور أنهما كالعروض ، وقيل : كالعين .

قال : وهما خلاف في شهادة إن كان الأمن في الطريق فكالعين وإلا فلا ، قال : وهذا إذا كان من بيع .

وأما القرض فيجبر على قبوله مطلقاً ، وعلى الثاني فنص محمد وغيره أنه ليس للطالب جبر المطلوب مطلقاً .

اللخمي : ولأشهب عند محمد ما يؤخذ منه أنه إذا كان سعر البلدين سواء ، وهو في البلد الذي لقيه فيه أرخص أنه يجبر المسلم إليه على القضاء في البلد الذي لقيه فيه .

وحمل ابن عبد السلام المسألة على هذا الثاني ، وقد يقال : هو الأقرب إلى لفظه ، ولعل الأول هو المتعين ؛ لأن ذكر مؤنة الحمل إنما يناسب إرادة المطلوب بالتعجيل ، ولأنه كذلك منقول .

ويفهم من قوله : (لَا يَلْزَمُ) أنهما لو اتفقا على ذلك جاز في العروض سواء حل

(١) في ط : نوازه .

الأجل أو لم يحل ، وأما الطعام فيجوز إن حل الأجل ، بل وإن لم يحل لم يجز ، قاله في « المَوَازِيَّة » و « الواضحة » .

واعترض ذلك ابن الكاتب والتونسي وابن محرز ، وقالوا : لا فرق بين حلول الأجل وعدم حلوله ؛ لأن القضاء لا يلزمه هناك فأشبهه عدم الحلول ؛ لأن مسافة البلدين يفتقر فيها إلى كراء الحموله ، فكأنه وجب عليه كراء الحموله فعجل له الطعام بشرط أن يسقطها فيدخله ضع وتعجل .

ابن بشير : ونقل اللخمي عن « المَوَازِيَّة » المنع سواء حل ذلك الأجل أو لم يحل .
والذي في « المَوَازِيَّة » التفرقة بين حلول الأجل وعدمه كما تقدم .

وَلَا يَجُوزُ أَخْذُهُ وَدَفْعُ الْكَرَاءِ ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْأَجَلَيْنِ

أي : فإن لقيه في غير المكان الذي يتعين فيه القبض فتراضيا على أخذ المسلم ودفع كراء ما بين المسافتين لم يجز .

قال في « المدونة »^(١) : لأن البلدين بمنزلة الآجال ، ثم هذا المنع عام في الطعام وغيره ، لكن تزيد العلل المقتضية للفساد في الطعام ؛ إذ فيه يبعه قبل قبضه ، والنسيئة لأنه أخره في الطعام الذي يجب له ليستوفيه من نفسه في بلد الشرط ، والتفاضل بين الطعامين .

ويدخل في الطعام وغيره سلف جر منفعة إذا كان ما أخذ المسلم من الكراء من جنس رأس المال ، وبيع وسلف وحط الضمان وأزيدك إذا كان في موضع الاشتراط أرخص .

ومفهوم قوله هو مفهوم « المدونة » : أنه لو لم يأخذ كراء المسافة لجاز ، ولا إشكال فيه في العروض ، وأما الطعام فقد تقدم أنه قوله في « المَوَازِيَّة » و « الواضحة » ، وأن ابن الكاتب وغيره اعترضوا ذلك ، وقال : ينبغي عدم جوازه .

كتاب القرض

الْقَرْضُ : يَجُوزُ قَرْضُ مَا يَثْبُتُ سَلَمًا إِلَّا الْجَوَارِي ، وَقَيْدٌ لِغَيْرِ مُحْرِمٍ وَالنِّسَاءِ ،
وَالصَّغِيرِ يَقْتَرِضُ لَهُ وَلِيُّهُ ، وَالصَّغِيرَةُ الَّتِي لَا تُشْتَهَى

القرض في اللغة هو القطع ، ومنه قوله : قرض الفأر الثوب .

وحقيقة القرض معلومة للعامة فضلاً عن الفقهاء ، وكذلك كونه مندوباً ، وصح أنه عليه السلام اقترض .

وذكر أنه يجوز قرض كل ما يصح السلم فيه كالعروض والحيوان ، ويفهم أن كل ما لا يصح سلمه لا يصح قرضه ؛ فلا يجوز قرض الأرضين والأشجار وتراب المعادن والجواهر النفيسة ، ثم استثنى من هذه القاعدة الجواري ، فإنه يجوز السلم فيهن ، ولا يجوز قرضهن ؛ لأن المُسْتَقْرَضَ لما كان متمكناً من رد المثل والعين صار في معنى إعارة الفرج وهو ممنوع .

وأجاز ابن عبد الحكم في « الحمدسية » قرضهن ؛ إذ شرط عليه ألا يرد عينها وإنما يرد مثلها ، ونقل بعضهم هذا القول فقال : وقال ابن عبد الحكم : يجوز قرض الجواري ، وعليه رد المثل ، ولا يرد ما استقرض .

ابن عبد السلام : [وعلى هذا النقل]^(١) هو خلاف ، وعلى الأول - وهو نقل الموثوق بهم - لا يبعد موافقته للمشهور .

والظاهر أن الكلية التي ذكرها المصنف هنا مطردة منعكسة ، فأعطى كلامه أن كل ما يصح أن يسلم فيه إلا الجواري يصح أن يقرض ، وكل ما يصح أن يقرض يصح أن يسلم فيه ، غير أن هذا العكس لا يحتاج معه إلى استثناء شيء .

ومن قال بعدم عكس هذه الكلية زعم أن جلد الميتة المدبوغ يصح قرضه ، ولا يصح أن يسلم فيه غير صحيح بكل اعتبار ، والله أعلم .

واعترض بعضهم قول ابن عبد الحكم بأن الشرط لا ينفع ؛ لأنها على مثل الدين صفة ومقداراً ، ومن أتى بذلك جبر ربه على قبوله .

(١) في ط : وهذا .

وفيه نظر ، لجواز استثناء هذه الصورة لثلا يؤدي إلى عارية الفروج .

وقوله : (وَقُيِّدَ) وقع في بعض النسخ بالدال فيكون تقييداً ، وهو أحسن ، وفي بعضها باللام فيكون خلافاً لابن بشير ، وأكثر الشيوخ أنه غير خلاف ، وهو يشعر أن بعضهم عده خلافاً .

وقوله : (وَالصَّغِيرُ يَقْتَرِضُ لَهُ وَلِيُّهُ) و (الصَّغِيرُ) مخفوض بالعطف على المحرم ؛ أي : قرضهن لهؤلاء جائز .

فائدة :

تقرر ما ذكرناه أن كل شيء يجوز قرضه إلا أربعة أشياء :

- ما لا يمكن الوفاء بمثله كالدور والأرضين والجواهر النفيسة .

- وما لا تحصره الصفة كتراب المعادن وتراب الصواغين .

- والجواري إلا على ما ذكره .

- والجزاف إلا ما قلَّ كرغيف برغيف ونحوه .

فَإِنْ أَقْرَضَهَا وَلَمْ يَطْأْ رُدَّتْ

أي : فإن أقرض جارية على الوجه المنهي عنه فسخ هذا القرض وردت إلى دافعها ، وليست غيبته عليها بمفيدة للرد وليست كغيبه الغاصب عند من جعل غيبة الغاصب تفتت كالوطء ؛ لأنه متعد ، ولا كغيبه من أحلت له جارية ؛ لأن من أحلت له إنما غاب عليها الوطء .

وَإِنْ وَطِئَ وَجَبَتِ الْقِيَمَةُ عَلَى الْمَنْصُوصِ ، وَقِيلَ : الْمِثْلُ ؛ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَشْتَى الْفَاسِدَ يَرُدُّ إِلَى صَحِيحٍ أَصْلِهِ أَوْ صَحِيحِهِ

يعني : وإن وطئ المقرض الجارية ؛ يريد : أو فاتت بما تفوت به في البيع الفاسد - هكذا هو المنصوص - وجبت القيمة على المنصوص كالبيع الفاسد إذا فات المبيع وهو مقوم ؛ بناءً على أن القرض الفاسد يرد إلى أصله وهو البيع ، وقيل : المثل رداً له إلى صحيحه وهو القرض .

ابن يونس : وأظنه قول الأبهري ، والأول أصوب ، ولهذا نظائر كالمساقاة الفاسدة والقراض ونحوهما ، والصواب لو قال : إلى فاسد أصله وإلى صحيح نفسه ؛ لأن

الواجب في صحيح أصله الثمن لا القيمة ، وهذا الذي ذكره المصنف عام في كل قرض فاسد ، سواء كان فساد من الجهتين أو من جهة المقترض وحده ، ما لو قصد نفع نفسه ، ولم يعلم المقترض بذلك .

وأورد ابن محرز على أبي بكر بن عبد الرحمن فقال : كيف يلزم المقترض القيمة وهو لم يدخل عليها ، وإنما دخل على المثل فقال : هذا مثل ما قاله فيمن تزوج امرأة فأدخلوا عليه مكانها أمة لهم فقد عدها مالك كالمحللة وألزم الزوج القيمة ، وإن كان لم يدخل عليها ، وأشار ابن محرز إلى أن الحكم في مسألتني القرض والأمة ليس بصحيح ، قال : ولا يصرف عيب المسألة وجود أخرى في مثلها بذلك العيب .

والصواب عندي ألا يؤخذ المقترض إلا بما دخل عليه فيغرم المثل ثم يباع للمقترض ويعطاه إن كان مساوياً للقيمة أو ناقصاً عنها وليس له سواه ، وإن زاد وقف الزائد رجاء أن يرجع المقرض عن دعواه في فساد القرض ، فإن طال توقفه تصدق به على من هو له .

ومال المازري إلى ما اختاره ابن محرز ، قال : لولا ما ينظر فيه من يتولى البيع ، وعلى من تكون العهدة ، وهذا يفتر إلى نظر آخر .

وشرطه ألا يجزئ منفعة للمقرض

أي : سواء تحضت المنفعة للمقرض أو اشتركت فيها مع المقترض ؛ أعني : أن تكون المنفعة لهما على السواء أو منفعة المقرض أكثر ، وأما إن كانت منفعة المقترض أكثر فسيتكلم عليها المصنف ، ولا أعلم فيما ذكره المصنف خلافاً .

والسفاتج ممتنعة على المشهور

يقال : السفاتج والسفتجات على جمع السلامة ، وواحد سفتجة ، والسفتجة بفتح السين المهملة وسكون الفاء وفتح التاء المثناة من فوق وبالجيم ، وهي كتاب صاحب المال لو كي له في بلد آخر ليدفع إلى حامله بدل ما قبضه منه .

والمشهور مذهب « المدونة » ؛ لأن شرط القرض ألا يجزئ منفعة ، وقد انتفع هذا بأمر غرر الطريق .

وقيده عبد الوهاب^(١) واللخمي بما إذا لم يكن قطع الطريق غالباً ، فإن غلب استحب ؛

(١) « المعونة » (٢/١٢٣) .

صيانةً للأموال ، واستدلاً بقول مالك في الكراء المضمون بتأخر النقد فيه ؛ لكون الأكرياء قد اقتطعوا أموال الناس ، ويدفع ثلثي الكراء ، ثم أجازاه إذا قَدَّمَ اليسير كالدينار ونحوه ، وهذا هو الدين بالدين ، وقد أجازاه مالك ؛ لثلاث تهلكت أموال الناس ، والشاذ لمحمد بن عبد الحكم بالجواز .

ونقل ابن الجلاب^(١) عن مالك الكراهة ، قال : وأجازاه غيره من أصحابنا ، فإن لم تتأول الكراهة على المنع كان ثالثاً ، وكذلك إن لم يجعل كلام القاضي تقييداً لقول مالك كان رابعاً .

وَفِي سَلَمِ السَّائِسِ بِالسَّالِمِ فِي زَمَنِ الْمَسْغَبَةِ ، وَالِدَقِيقِ وَالْكَعْكَ لِلْحَاجِّ بِدَقِيقٍ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ قَوْلَانِ ، وَفِيهَا : يُسَلَّفُ وَلَا يَشْتَرِطُ

السائس هو المُسَوِّسُ ، وتصور كلامه ظاهر ، والمشهور المنع في المسألتين ، والشاذ لسحنون ، وقيد اللخمي المشهور بما إذا لم يقم دليل على إرادة نفع المستسلف فقط ، وأما إن قام ذلك فيجوز ، ونص ابن حبيب على عدم الجواز وإن كان النفع للمستسلف وحده .

ونقل أبو محمد صالح عن أبي موسى المومنانى أن قول اللخمي تفسير للمذهب ، وأن قول ابن حبيب خلاف ، ويدل على أن قول اللخمي تفسير قوله في « المدونة »^(٢) : ومن له إلى جانبك زرع فاستقرضته منه على أن تقضيه من زرع لك ببلد لم يجز ، وإن أقرضك فدائناً من زرع تحصده وتدرسه لحاجتك وترد عليه مثل كيل ما فيه ؛ فإن فعل ذلك رفقاً ونفعاً لك دونه جاز إن كان ليس فيما كفيته منه كبير مؤنة في كثرة زرعه ، ولو اعتزى بذلك نفع نفسه بكفايتك إياه لم يجز .

وخص الحاج بالذكر لأنه يقصد إليها غالباً ، وإلا فكل من كان مثله فكذاك .

وَهَدِيَّتُهُ لَا تَجُوزُ مَا لَمْ يَكُنْ مِثْلَهَا قَبْلُ ، أَوْ حَدَثَ مُوجِبٌ ، فَإِنْ وَقَعَتْ رُدَّتْ ، فَإِنْ فَاتَتْ فَكَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ

أي : وهديّة المديان لا تجوز ؛ لأنها تؤول إلى السلف بزيادة .

ابن بطال في شرح البخاري : وكذلك هدية ذي الجاه ، وقاله الغزالي .

(١) « التفريع » (١٣٨/٢) .

(٢) « المدونة » (١٧٦/٣) .

وألحق المتأخرون بهدية المديان هدية رب المال لعامله في القراض ؛ لأنه يقصد بذلك أن يستديم العامل العمل فيصير سلفاً جر منفعة ، وأما هدية العامل لرب المال فإن لم يشغل المال منع بالاتفاق ، وإن أشغله فللمتأخرين قولان ؛ بناءً على اعتبار الحال والمال ، واختار ابن يونس المنع مطلقاً .

قوله : (مَا لَمْ يَكُنْ مِثْلَهَا قَبْلُ) فتجوز بمثل تلك الهدية ، وأما لو زادت لم يجز ، وحدوث الموجب كالمصاهرة ونحوها ، وفي « العتبية »^(١) عن مالك في مبتاع الزيت بثمن إلى أجل ويبقى له من وزن الزيت رطلان أتركهما للبائع ؟ فأجازه في اليسير وقال : لا يعجبني في الكثير ، وقال في « البيان »^(٢) : كرهه مالك في الكثير ؛ خوفاً من هدية المبتاع .

وقوله : (فَإِنْ وَقَعَتْ رُدَّتْ ، فَإِنْ فَاتَتْ فَكَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ) فيرد المثل في المثلي ، والقيمة في المقوم .

وَفِي مَبَايَعَتِهِ بِالْمُسَامَحَةِ الْجَوَازِ وَالْكِرَاهَةِ

يعني : أنه اختلف في مبايعة المديان لرب الدين وبمسامحة من المديان له ، ومفهوم كلامه الجواز إذا لم تكن مسامحة .

ومقتضى ما حكاه المازري وابن بشير وغيرهما العكس ، وهو الظاهر إن كانت مسامحة منع وفاقاً ، وإلا فقولان .

وقيد اللخمي الخلاف بما قبل الأجل ، وأما بعده فلم يحك إلا الكراهة .

وصرح المازري بعدم الجواز بعد الأجل فقال : وكذلك إن كانت المبايعة بعد حلول الدين فلا يجوز ذلك ، وهو أكد في التهمة ؛ لأن الدين قد وجب على مَنْ عليه قضاؤه .

وَيَمْلِكُ الْقَرْضَ ، وَلَا يَلْزَمُ رَدُّهُ إِلَّا بَعْدَ مُدَّةِ الشَّرْطِ أَوْ الْعَادَةِ ، وَلَهُ رَدُّ الْمِثْلِ أَوْ الْعَيْنِ مَا لَمْ يَتَغَيَّرْ

أي : يملك المقرض الشيء المقرض ، ولا يلزم رده إلا بعد المدة المشروطة بلا خلاف ، وإن لم يشترطاً مدة رجعا إلى التحديد بالعادة ، وليس له رجوع قبلها .

(١) « البيان والتحصيل » (٧/ ٢٩٤) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٧/ ٢٩٥) .

قال الخضراوي في «وثائقه» : إلا أن يعسر ، وأجراه على عارية الجدار المبهمة .
ويأتي على قول مطرف وابن الماجشون في الجدار أنه ليس له أن يرجع وإن احتاج .
وما ذكره المصنف من الرجوع إلى العادة عند الإطلاق .
ابن محرز وغيره : هو ظاهر المذهب .
وحكى جماعة فيه إذا اتفقا على أن العقد وقع على الإطلاق ثم طلب رب القرض أخذه
ثلاثة أقوال :

قال أبو عمران : ذلك جائز ويقضى بالحلول .

وقال ابن أبي زيد : يقضى بالأجل .

وقال ابن القاسم : لا يجوز وإن لم يتفقا على أن العقد وقع على الإطلاق ؛ وقال
المقرض : على الحلول ، وخالفه المقرض فقال الشيخان : القول قول المقرض ، وقال ابن
أخي هشام : القول قول المقرض .
وفي « المدونة » القول قول المقرض .

ف رأى الشيخان أن الرء مكسورة ، ورأى ابن أخي هشام أنها مفتوحة .

وقوله : (أَوِ الْعَيْنِ) أي : وله رد العين المقرض ما لم يتغير بنقص أو زيادة إلا أن
يتراضيا ؛ لأنه حيثئذ في النقص حسن اقتضاء ، وفي الزيادة حسن قضاء .

المُقَاصَّةُ إِنْ كَانَ الدَّيْنَانِ عَيْنًا مِنْ بَيْعٍ وَتَسَاوِيًا صِفَةً وَحُلُولًا وَمِقْدَارًا جَازًا اتَّفَقَا

المقاصة هي عند الفقهاء مستثناة من بيع الدين بالدين ، وقسم المصنف الدينين فجعلهما
مرة من بيع ومرة من قرض ومرة من بيع وقرض ، وذكر أنهما إذا كانا من بيع ؛ يعني :
وهما من العين وتساويا صفة وحلولا ومقدارا جاز باتفاق ، وسيأتي ما احترز منه بالقيود
المذكورة .

والجواز هنا بمعنى الإذن ، وإلا فقد اختلف هل يجب أن يعمل على قول من دعا منهما
إليها وهو المشهور ، أو القول قول من دعا منهما إلى عدمها ، رواه ابن زياد عن مالك ؟
وأخذ من « المدونة » في الصرف والسلم الثاني والنكاح الثاني القولان ، وأشار بعض
المتأخرين إلى دخول الخلاف في المقاصة هنا من الخلاف في صرف ما في الذمة .

وفيه بُعدٌ ؛ لأن ذلك الخلاف إنما هو اختلاف الدينين في أمر ما ، وذلك يوجب اختلاف الأغراض التي يقصد معها المبايعة ، بخلاف هذه المسألة .

فَإِنْ اِخْتَلَفَ الْوَزْنُ اَمْتَنَعَ اِتِّفَاقًا

فإن اختلف الدينان في القيد الآخر خاصة من القيود المذكورة امتنعت المقاصة باتفاق ؛ لأنها مبادلة وأحد العينين أكثر ؛ فهو تفاضل .

واعترض كلام المصنف بأن ابن حبيب قال : إذا كان أحد الذهبين وازنة والأخرى ناقصة لم تجز المقاصة حتى تحل الوازنة ، فمقتضاه جواز المقاصة إذا حلا .

وقال ابن بشير : إذا اختلفا في المقدار والصفة فلا تجوز المقاصة إلا أن يحل الأجلان قال : وهذا إذا كانا من بيع .

وقال ابن المواز في الاختلاف في العدد : إذا كانا من بيع وكان أولهما حلولاً أكثرهما أن ذلك جائز ، قال : وكذلك إذا كان أحدهما من قرض ، وهو أكثر وأول حلولاً .

واستظهرنا عليه بالزيادة في العدد لإطلاقهم الجواز مع الحلول ، ولم يقيدوا باتفاق الوزن ولعدم الفارق بين الزيادة في الوزن والعدد .

وإن لم يحلَّ أو حلَّ أحدهما جازَ عندَ ابنِ القاسمِ ؛ لأنَّ له التَّعْجِيلَ لِتَسَاوِيهِمَا ، ولا ضَمَانَ فِي الْعَيْنِ ، وَرَوَى أَشْهَبُ الْمَنَعَ إِذَا اِخْتَلَفَ الْأَجَلُ ، وَوَقَفَ إِذَا اتَّفَقَ

أي : وإن لم يحل الدينان ، اتفق أجلهما أو اختلف أو حل أحدهما فقط ، فمذهب ابن القاسم جواز المقاصة ؛ لأن لمن عليه الدين تعجيله ؛ لأنه عين ، ولا ضمان فيه فيكون في حكم الحال .

قوله : (لِتَسَاوِيِهِمَا) أي : في غير الأجل ، ومع التساوي تبعد التهمة في البدل المستأخر ، فكأنه قيل : ولم جاز؟ فقال : لتساوي الدينين في القدر والصفة المؤجلين في حكم الحالين ، فيحصل التساوي في الثلاثة ، فتعود إلى ما قبلها فلا يتهمان على سلف بزيادة ، ولا حط الضمان ، ولا ضع وتعجل ، فيتبقي قصد المعاوضة ، ويتضح قصد المباراة والمشاركة .

وروى أشهب عن مالك منع المقاصة إذا اختلف الأجل ، والوقف إذا اتفق ، فمنع مع

الاختلاف ؛ لأن المكايسة تختلف فيه باختلاف الأجل ، ووقف إذا اتفق ؛ للتردد في قصد المعاوضة فيمتنع ؛ لأنه دين بدين ، أو قصد المتاركة لتساوي الأجل فيجوز .

وفي قوله : (وَوَقَفَ) إيهامٌ أن الواقف أشهب ، فالأولى أن يقول : «بالوقف» ليكون معطوفاً على المنع .

ولابن نافع ثالث بالجواز إذا حلا أو حل أحدهما ، وبالمنع إذا لم يحلا كان الأجل متفقاً أو مختلفاً .

وحكى ابن بشير رواية أشهب ما يقرب من العكس ، وإن لم ينسبها لأشهب فقال : أجاز إذا حل الأجلان ، ووقف إن لم يحلا .

ابن عبد السلام : والأقرب أنه وهم .

وجعل ابن عبد السلام ما إذا تساوى أجلاهما يرجع إلى القسم الأول الذي حكى فيه المصنف الاتفاق ، وجعل وقف أشهب مانعاً للاتفاق لما تبين في الإجماع السكوتي سواء عددنا وقف الحيرة قولاً أو لا ، وإن كان الأصح ألا يعد قولاً ، لكن تقابل الاتفاق ، والاختلاف تقابل الضدين ، وعلى ما قررنا لا يأتي هذا .

وَإِذَا اخْتَلَفَتِ الصِّفَةُ ، وَالنَّوْعُ وَاحِدٌ أَوْ مُخْتَلَفٌ ، فَإِنْ حَلَّ جَازَ عَلَى صَرْفِ مَا فِي الذِّمَّةِ ، وَإِنْ لَمْ يَحَلَّ مُنِعَ عَلَى الْمَشْهُورِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَفٌ أَوْ بَدَلٌ مُسْتَأْخِرٌ ، وَقَالَ اللَّخْمِيُّ : إِنْ كَانَ الْأَجُودُ حَالاً أَوْ أَقْرَبَ حُلُولاً جَازَ ...

يعني : إذا اختلفت صفة العينين مع اتحادهما في النوع كمحمدية ويزيدية أو كان النوع مختلفاً ؛ فإن كان على أحدهما ذهب والآخر فضة فإن حل الأجلان جازت المقاصة ؛ لأنها مبادلة في الوجه الأول وصرف ما في الذمة في الثاني .

وعلى الشاذ أنه يمتنع صرف ما في الذمة يمتنع هنا ، وقد نص ابن وهب وابن لبابة على منع المقاصة بين الذهب والفضة ، واقتصر المصنف بتوجيه الصرف عن توجيه جواز البدل ؛ لأنه في معناه .

وإن لم يحل الدينان إما بأن لم يحلا معاً أو حل أحدهما فالمشهور المنع ؛ لأنه في المختلف النوع صرف مستأخر ، وفي المتفق بدل مستأخر ، وهذا معنى قوله : (لِأَنَّهُ صَرَفٌ أَوْ بَدَلٌ مُسْتَأْخِرٌ) فـ (أَوْ) في قوله : (أَوْ بَدَلٌ) للتفصيل .

قوله : (وَقَالَ اللَّخْمِيُّ...إِلخ) جعله اللخمي من باب المرافعة ، فإن تقدم الأجود فقد أحسن إليه من وجهين بأن يأخذ اليزيدية المؤخرة في المحمدية المعجلة فلا يتهم ، بخلاف العكس ؛ لأنه كأنه يقول : ضع عني زيادة المحمدية لأعجل لك اليزيدية .
وانظر هل قول اللخمي ثالث أو هو مقابل المشهور؟ وهو الأظهر ؛ لأن لنا قولاً بجواز صرف ما في الذمة إن لم يحل .

وكلام اللخمي ظاهر في المعنى ، وينبغي أن يقيد المشهور بما إذا لم يتضح بعد التهمة ، وأما إذا كان أحدهما أكثر من الآخر كثرة بينة فينبغي أن يجوز لبعدهما حينئذ عن التهمة على الصرف المؤخر على ما تقدم في بيعات الآجال .

وَالْقَرْضُ كَذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّهُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى تَفْصِيلٍ تَقَدَّمَ

أي : وإن كان الدينان مع كونهما من العين من قرض -وفي معناه أن يكون أحدهما من قرض- فكالدينين ، وأما إذا كانا من بيع فإن تساويا صفة وحلولاً ومقداراً جاز ، وإن لم يحل وهما متساويان في الصفة والمقدار جاز عند ابن القاسم .

وأما إن اختلفا في الصفة أو في المقدار فقد أشار إلى حكم ذلك بالاستثناء في قوله : (إِلَّا أَنَّهُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى تَفْصِيلٍ تَقَدَّمَ) في قوله : (وَالْقَضَاءُ بِالْأَصْلِ صِفَةً...إِلخ) .
فَإِنْ كَانَ طَعَامًا مِنْ قَرْضٍ فَكَذَلِكَ

أي : وإن كان الدينان طعاماً من قرض فكالدينين إذا كانا عيناً من قرض فيجوز في الطعامين ما يجوز في العينين ، ويمتنع في الطعامين ما يمتنع في العينين ، ولا فرق في الطعامين هنا بين أن يتساوى أجلهما أم لا ، ولا بين أن يحل أحدهما أم لا ؛ لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه ، ولهذا قال المازري : خَرَجَ بعضهم هنا الثلاثة الأقوال المتقدمة في العينين المتساويين صفة وحلولاً ؛ أعني : المتقدمة في قوله : (فَإِنْ لَمْ يَحِلَّ أَوْ حَلَّ أَحَدُهُمَا) لأن الذهب يجوز بيعه قبل قبضه وطعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه ، انتهى .

وحكى بعضهم الثلاثة الأقوال نصاً صريحاً ، وهذه الأقوال إنما هي إذا اتفقت الصفة والمقدار ، وأما إن اختلفت الصفة كمحمولة وسمراء فلا يجوز إلا أن يحل ؛ لأنه حينئذ

بدل ، وأما إن لم يحلا أو لم يحل أحدهما لم يجز ، قاله في « المدونة »^(١) ، قال : لأنه لا يجوز قضاء سمراء من بيضاء ، ولا بيضاء من سمراء قبل الأجل من بيع أو قرض ، قال فيها : ولابن القاسم قول آخر في أخذ السمراء عن المحمولة قبل الأجل إذا كان ذلك من قرض .

سحنون : وهو أحسن .

وإن كَانَا مِنْ بَيْعٍ فَإِنْ اِخْتَلَفَا أَوْ رُؤُوسُ الْأَمْوَالِ أَوْ الْأَجَلُ اِمْتَنَعَ ، فَإِنْ اِتَّفَقَ الْأَجَلُ مَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَأَجَازَ أَشْهَبُ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ طَعَامٌ بِطَعَامٍ نَسِيئَةٌ أَوْ قَبْلَ قَبْضِهِ ، أَوْ عَلَى أَنَّهُ كَالْإِقَالَةِ ...

أي : وإن كان الطعامان من بيع فإن اختلفا في الجنس والصفة والكيل والأجل امتنع التقاض .

و (أَوْ رُؤُوسُ الْأَمْوَالِ) معطوف على الضمير في اختلف ، وفيه العطف على الضمير المرفوع بالفصل ، ولا يجوز عند البصريين إلا في الضرورة ، ومنع لأنه بيع الطعام قبل قبضه فتحقق القصد إلى البيع بسبب الاختلاف .

وما ذكره المصنف من أنه إذا اختلف الأجل يمتنع التقاض هو جارٍ على المشهور أن المعجل لما في الذمة يعد مسلفاً .

قال في « الجواهر »^(٢) : وأما على ما قاله القاضي أبو إسحاق في إسقاط التأجيل فيجوز ، فإن اتفق الأجلان بخلاف رؤوس الأموال والطعامان فقولان :

أولهما لابن القاسم : المنع من المقاصة ؛ لأنه طعام بطعام نسيئة ، ولأنه بيع الطعام قبل قبضه ، راد المازري : ولأنه دين بدين .

ثانيهما لأشهب : الجواز ؛ لأنه كالإقالة ، وهي جائزة .

وشبه بالإقالة ولم يقل إقالة لأنهما لم يصرحا بها ، وقد اتضح لك أن قوله : (بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ طَعَامٌ بِطَعَامٍ نَسِيئَةٌ أَوْ قَبْلَ قَبْضِهِ) تعليل لقول ابن القاسم وأن (أَوْ) للتفصيل ، وأن قوله : (كَالْإِقَالَةِ) تعليل لقول أشهب .

(١) « المدونة » (١٨٢ / ٣) .

(٢) « الجواهر » (٥٧٣ / ٢) .

وفي كلامه نظر ؛ لأن الواقع فيما رأيته من النسخ : (فَإِنْ اتَّفَقَ الْأَجَلُ مَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ)
وليس بظاهر ، وصوابه (الْكُلُّ) كما ذكر ابن شاس إلا أن يقال : لعله اكتفى بالتعليل
بالإقالة ، فإنه يشعر بالتساوي في ذلك ؛ لأنه شرط .

فَإِنْ كَانَ مِنْ قَرْضٍ وَبَيْعٍ غَيْرِ مُخْتَلَفَيْنِ فَإِنْ حَلَّ جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يَحِلَّ أَوْ حَلَّ أَحَدُهُمَا مَنَعَ
ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَجَازَ أَشْهَبُ ، وَثَالِثُهَا : إِنْ حَلَّ السَّلْمُ جَازَ

يعني : فإن كان أحد الطعامين سلماً والآخر قرضاً غير مختلفين في النوع والصفة
والأجل فإن حلا جازت المقاصة وكان الذي له السلم اقتضى من نفسه طعام القرض الذي
عليه ولا تهمة ؛ لاتفاق الطعامين .

قوله : (وَإِنْ لَمْ يَحِلَّ) أي : وإن لم يحل الطعامان ، والمسألة بحالها : أو لم يحل
أحدهما وحل الآخر فتلاثة أقوال ، وتصورها من كلامه واضح .

والثالث نقله المازري عن أشهب أيضاً ونقل عنه أيضاً الجواز إذا حلا جميعاً أو حل
أحدهما ، ونقل المازري عن ابن حبيب أنه أجاز المقاصة إذا اتفق الأجلان .

وإن لم يحل فرأى ابن القاسم أن مع اختلاف الأجل تختلف الأغراض ؛ فيصح تقديم
الطعام قبل قبضه ، وغلب في الثاني حكم المعروف كما لو حلا معاً ، وهو الذي راعى في
الثالث إلا أنه أحسن ؛ لاشتراطه حلول السلم وحده ؛ لأن الغرض وإن لم يحل فالأجل
مِنْ حَقِّ مَنْ عَلَيْهِ الطَّعَامُ فله التعجيل فيصير الكل في معنى الحال .

وغلب ابن حبيب المعروف فأجاز ذلك وإن لم يحل إذا اتفقت الآجال ؛ لتفاوت
الأغراض في ذلك مع تساوي الآجال .

وَإِنْ كَانَ الدَّيْنَانِ عَرْضاً فَمَا حَلَّ أَوْ كَانَ أَقْرَبَ حُلُولاً فَمَقْبُوضٌ عَنِ الْآخَرِ ، فَإِنْ أَوْقَعَ
فِي : « ضَعَّ وَتَعَجَّلَ » ، أَوْ حُطَّ الضَّمَانُ وَأَزِيدُكَ « امْتَنَعَ » ، وَإِلَّا جَازَ ...

قال المازري : إن اتفق العرضان في الجنس والصفة فالمقاصة بينهما جائزة مطلقاً من غير
التفات إلى تماثل الأجلين واختلافهما أو تساوي الأسباب واختلافها ، وإن اختلف جنسهما
ككساء ورداء ؛ فإن اتفق الأجل جازت المقاصة لأن اتفاق الأجل يرفع القصد إلى المكايسة

كما رفعها تساوي العرضين في الصفات ، وإن لم يتفق الأجل منعت المقاصة إلا بشرط أن يحللاً معاً .

واختلف إذا حل أحدهما ؛ ففي « المدونة »^(١) الجواز لانتفاء قصد المكايسة بحلول أحدهما ، وفي « الموازية » : لا يجوز لاختلاف الآجال .

ابن محرز : وهو الأصح عندي ، وإن اتحد جنس العرضين ولم يحللاً معاً - سواء اختلفت الصفة أو اتفقت - فإن اتفق الأجل جاز التقاص ، وهذا القسم الأخير هو الذي تعرض المصنف لبيانه وأعطى فيه ضابطاً ؛ وهو : أن ما حل أو كان أقرب حلولاً فهو مقبوض عما لم يحل أو عما هو أبعد حلولاً ، فإن أدى اقتضاؤه عنه إلى : « ضع وتعجل ، أو حط الضمان وأزيدك » امتنع ، وإن لم يؤد إلى واحد منهما جاز ، فإن كانا من بيع أو كان الحال أو الأقرب حلولاً أكثر أو أجود امتنع ؛ لأنه حط الضمان وأزيدك . وإن كان أدنى أو أقل امتنع ؛ لأنه ضع وتعجل ، وهذا إذا كانا من بيع .

فإن كانا من قرض والحال أو الأقرب أدنى أو أقل امتنع ؛ لأنه ضع وتعجل ، وإن كان أجود جاز ؛ إذ لا ضمان في القرض ، وإن كان أكثر عدداً امتنع ؛ لأنه زيادة في القرض ، وهو مكروه في المجلس ، قاله في « النكت »^(٢) ، ويدخل فيه الخلاف المتقدم فيمن رد في القرض أكثر عدداً ، وإن كان أحدهما من قرض والآخر من بيع فأجره على القسمين السابقين ؛ أجاز من أجاز المقاصة في القرض برؤوس تلك العروض وكذلك غيره ، ويسلك بعض الشيوخ طريقة أخرى فلا يجوز ، وإنما قلنا : إن كلام المصنف خاص بالجنس الواحد ؛ لأن : « حط الضمان وأزيدك ، وضع وتعجل » خاص .

وظاهر كلام المصنف أنه لا يعتبر فيهما ، وإن اتفق أجلهما فذلك جائز سواء كانا من بيع أو قرض أو من بيع وقرض أو كان رأس المال دنائير والآخر دراهم ، وتراخى ما بين المداينين التقاص لثلا يدخله صرف متأخر .

المازري : واستدل هنا بما في السلم من « المدونة » فيمن أسلم دنائير في عروض ، وأخذ

(١) « المدونة » (١٥١/٣) .

(٢) « النكت والفروق » (١٨٦/٢) .

رهناً بالسلم فضاع الرهن ووجب ضمانه من المرتهن فأراد المقاصة ، فإنه يعتبر في جواز المسألة أن يكون هذا الرهن مما يصلح بيعه برأس المال إلى أجل ، انتهى بمعناه .

وَلَيْسَ فِي الْقَرْضِ حُطُّ الضَّمَانِ وَأَزِيدُكَ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ قَبُولُهُ بِخِلَافِ السَّلَمِ ، وَضَعُ
وَتَعَجَّلُ يَدْخُلُ الْبَائِينَ

المراد بالبائين القرض والسلم ، وكلامه ظاهر مما تقدم .

كتاب الرهن

الرَّهْنُ : إِعْطَاءُ أَمْرٍ وَثِيقَةٍ بِحَقِّ

الرهن لغة هو : اللزوم والحبس ، وكل شيء ملزوم فهو رهن ، يقال : هذا رهن لك ، أي : محبوس دائم لك ، قال تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ [المائدة: ٢٣٨] أي : محبوسة ، والرائهن دافع الرهن ، والمرتهن بكسر الهاء آخذه ، ويقال للرهن : مرتهن بفتح الهاء ، وقد يطلق على آخذه ؛ لأنه وضع عنده الرهن ، وعلى الراهن ؛ لأنه يسأل الرهن .
الجوهري^(١) ، والنووي^(٢) : يقال : رهن الشيء وأرهنه .

وقال عياض : لا يقال أرهنه ، وجمع الرهن : رهان ورهون ورهن .

الأخفش : ورهن قبيحة ؛ لأنه لا يجمع فعل على فعل إلا قليلاً شاذاً ، قال : وذكر أنهم يقولون : سَقَفٌ وَسُقْفٌ ، وقد يكون الرهن جمع الرهان ؛ أي : فيكون جمع الجمع .

وحده المصنف اصطلاحاً بقوله : (إِعْطَاءٌ... إلخ) ، (إِعْطَاءٌ) أمر كالجنس .

ابن عبد السلام : وأتى بلفظ (أمر) ليشمل الذوات والمنافع ، فإنه يصح رهناً .

قال ابن راشد : (إِعْطَاءٌ) مصدر ، وهو يضاف للفاعل والمفعول ، فإن أضفته هنا إلى الفاعل فامرؤ مهموز ، والمعنى : إعطاء رجل وثيقة بحق ، وإن أضفته للمفعول لم يكن مهموزاً وكان بمعنى : شيء ، والمعنى : إعطاء شيء وثيقة بحق ، والأول أصح ؛ لأن إضافة المصدر إلى الفاعل أكثر .

ونبه بقوله : (إِعْطَاءٌ) على الإقباض ؛ لأن الرهن لا يتم بمجرد القبض حتى يكون المالك هو الذي أقبضه إياه وأذن له في قبضه ، فلو تولى المرتهن قبضه دون إقباض ماله وإذنه لم يكن رهناً ، بخلاف الهبة والصدقة ؛ لأنه تعالى وصف «الرهان» بكونها «مقبوضة» ولفظ : «مقبوضة» يقتضى قابضاً ومقبوضاً منه ؛ فلا بد من المقبوض منه ، وإلا لم يصح وصفه بكونه مقبوضاً ، ولما لم يقل ذلك في الهبة والصدقة صح قبض الموهوب

(١) « الصحاح » (١/ ٢٧٤) .

(٢) « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص / ١٩٤) .

له والمتصدق عليه دون إقباض من الواهب أو المتصدق ، انتهى .

ويمكن أن يدعى أنه من إضافة المصدر إلى المفعول ، ولو قرئ امرئ بالهمز ، وكلام ابن عبد السلام يأتي على أنه إضافة للمفعول ، ويرجح أيضاً كونه مضافاً للفاعل أنه لو أضافه للمفعول لقال : إعطاء شيء ؛ لأن ذلك أقرب للفهم ، ولأن الأمر حقيقة في القول المخصوص على المختار عند أئمة الأصول .

وقوله : (وَثِيقَةٌ بِحَقٍّ) يخرج ما يعطى لا على سبيل التوثق ، بل على سبيل الملك كالبيع ، أو الانتفاع كالمستأجر والمعار .

قيل : وهو غير مانع لدخول الحميل فيه لاسيما -على المشهور- أنه لا يطالب إلا بعد تعذر الأخذ من المضمون ، ولدخول اليمين فيما إذا أحلف رب الدين على الوفاء ، ولدخول وثيقة الدين ، فإن ما ثبت من الدين معطى لرب الدين على وجه التوثق .

وأجيب : بأن لفظة (إعطاء) تقتضى حقيقتها دفع الشيء للمرتهن ، ولا يصدق ذلك على اليمين والحميل حقيقة ، والوثيقة المكتوبة وإن صح دفعها لرب الدين ؛ لأن قوله : (وَثِيقَةٌ بِحَقٍّ) يقتضى رد ذلك الشيء إلى يد دافعه ، والوثيقة المكتوبة لا يلزم ردها بعد استيفاء الحق .

واعترض أيضاً أن الرهن مصدر ، والأغلب في استعمال الفقهاء إطلاقه على المرهون ، فينبغي أن يقول عوض قوله : (إعطاء) (معطى) .

ومذهبنا ومذهب الجمهور صحة الرهن حضراً وسفراً خلافاً لمجاهد أنه لا يصح إلا في السفر .

وَأَمْرُ الصَّيْغَةِ كَالْبَيْعِ

يعني : فيكفي في التوثق كل فعل أو قول دل عليه ، فتكفي المعاطاة ، هكذا قرر ابن راشد وابن عبد السلام هذا المحل ، وهو ظاهر لفظه ، والذي نسبته ابن رشد^(١) لابن القاسم أن الرهن يفترق إلى التصريح بلفظه ، خلافاً لأشهب .

وذكر أن اختلافهما قائم من مسألة النفقة على الرهن التي في « المدونة »^(٢) ؛ لأن عند

(١) « البيان والتحصيل » (٩٣ / ١١) .

(٢) « المدونة » (١٤٦ / ٤) .

ابن القاسم: المرتهن لا يكون أحق بما أنفق حتى يقول له الراهن : والرهن بما أنفقت رهنا .
وعند أشهب يكون أحق به إذا قال : أنفق على أن نفقتك فيه ، وإن لم يقل رهناً .

خليل : وهذا أخذ ظاهر ، غير أنه مبني على ظاهر «المدونة» ، فإن المسألة تنقسم ثلاثة أقسام كما ذهب إليه ابن شبلون ، لا على ما ذهب إليه ابن يونس وغيره أنه لا فرق بين أن يقول : أنفق والرهن بما أنفقت رهن ، وبين أن يقول : أنفق على أن نفقتك في الرهن ، وسيأتي .

خليل : ويؤخذ مما في وكالة «المدونة» أن الرهن لا يفتقر إلى التصريح بلفظة الرهن ؛ لقوله : وإن قال له : انقد عني واحبسه حتى أدفع لك الثمن ، فهو بمنزلة الرهن ، وقاله بعضهم .

وَشَرَطُ الْمَرْهُونِ أَنْ يَصِحَّ مِنْهُ اسْتِيفَاءٌ ؛ فَلَا يَجُوزُ خَمْرٌ وَلَا خِنْزِيرٌ مِنْ ذِمِّيٍّ وَغَيْرِهِ
ابن عبد السلام : ينبغي أن تكون (من) سببية ؛ كقوله تعالى : ﴿مِمَّا خَطِيئَاتِهِمْ أُغْرِقُوا﴾ [نوح: ٢٥] أو لابتداء الغاية ، ولا يصح أن تكون للتبعيض ؛ لأن رهن مثل الدين فيه اضطراب في المذهب ، انتهى .

وفيه نظر ؛ لأنه سيأتي أنه يصح رهن ما لا يعرف بعينه إذا كان عند أمين أو مختوماً عليه .

واشترط في الرهن : أن يصح منه الاستيفاء ؛ لأن فائدة الرهن بيعه عند الوفاء ، والخمر ونحوه لا يجوز بيعه ، (فَلَا يَجُوزُ خَمْرٌ وَلَا خِنْزِيرٌ) أتى بالفاء المؤذنة بالسببية ؛ أي : فبسبب اشتراطنا في الرهن ما ذكر لا يجوز لمسلم رهن خمر ولا خنزير لمسلم ولا ذمي ، ويحتمل أن يقدر كلامه : فلا يجوز للمسلم ارتهان خمر ولا خنزير من ذمي ولا غيره ، وهكذا قال في « المدونة »^(١) : لا يجوز لمسلم أن يرتهن من ذمي خمرأً ولا خنزيراً ، والاحتمال الأول أظهر ، لكن الكلام في المرهون .

فرع مرتب :

فعلى الاحتمال الأول : إذا رهن المسلم الخمر ونحوه من ذمي ؛ أريقته عليه ، ولم يكن عليه أن يأتي برهن آخر .

وعلى الثاني : إذا ارتهن المسلم خمراً لذمي ، فقال أشهب : إذا قبضها ثم فلس الذمي ؛ فلا رهن للمرتهن والغرماء فيه أسوة ، لأن رهنه لم يكن جائزاً في الأصل .

سحنون : إلا أن يتخلل فهو أحق به ، قال : وإن باع المسلم سلعة من الذمي وارتهن منه خمراً ؛ فلا يفسد البيع ويرد الخمر إلى الذمي ، ولو أراد المسلم وقفها بيد ذمي إلى أجل دينه لما يخاف من عدم ربهما لم يكن له ذلك .

فرع :

قال في « المدونة »^(١) : ومن ارتهن عصيراً فصار خمراً ؛ فليرفعها إلى الإمام لتراق بأمره ، وكذلك الوصي يجد خمراً في التركة خوفاً من أن يتعقب بأمر .
للخمي وابن يونس وغيرهما : وإنما تراق إذا كان الراهن مسلماً ، وأما إذا كان ذمياً فلترد إليه .

للخمي : وقوله : فليرفعها إلى السلطان ، يريد : إذا كان حاكم الموضع يحكم ببقائها أو يخللها ، وإلا فليس ذلك عليه .

وَجِلْدُ الْمَيْتَةِ كَيْفَهُ

أي : رهن جلد الميتة يختلف فيه كما يختلف في بيعه ، ومذهب « المدونة » : عدم جواز بيعه ورهنه .

وعلى قول ابن وهب : يجوز رهنه بعد الدباغ ؛ لطهارته حيثئذ عنده .

المازري : ويجري في رهن الكلاب وجلود السباع ما في بيعها .

وَيَجُوزُ رَهْنُ الدِّينِ مِنَ الْمَدِيَّانِ وَغَيْرِهِ

يجوز رهن الدين ممن عليه ، وهو مراده بـ (الْمَدِيَّانِ) ، ومن غيره ، وهو ظاهر ، ويشترط في جواز رهنه من المديان : أن يكون أجل الدين المرهون مؤجلاً بمثل أجل الدين الذي هو رهن به أو أبعد لا أقرب ؛ لأن بقاءه بعد محله كالسلف فصار في البيع بيعاً وسلفاً ، إلا أن يجعل بيد أمين إلى محل أجل الدين الذي رهن به البائع .

الباجي^(٢) : وهذا تفسير قول مالك في « العتبية » وغيرها .

(١) « المدونة » (٤/١٦١) .

(٢) « المنتقى » (٧/٢٦٣) .

وسياتي كيفية قبض الدين إذا كان على غير المدين من كلام المصنف .

وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِفْرَازُ

هذا وقع في كثير من النسخ بقاف وراءين ، وعليها تكلم ابن راشد ؛ أي : لا يشترط إقرار المدين بالدين ؛ لأن رهن المجهول جائز بخلاف البيع ، وكأن المرتهن دخل على أنه إن أقر به وإلا استوفاه من الأصل ، ولم يصح ذلك في البيع لهذه الجهالة .

ابن عبد السلام : والصواب ضبط اللفظ بالفاء وراء بعدها وزاي بينهما ألف ؛ فتقول : الإفراز .

هكذا هي في كلام ابن شاس^(١) والغزالي ، الذي قصد ابن شاس نحوه ، تنبيهها من الجميع على مخالفة أبي حنيفة في منعه رهن المشاع .

خليل : وقد يقال : بل الأولى أحسن لمساعدة ما قبلها لها ، ولأن المصنف سيتكلم على المشاع ، والإفراز : هو القسمة .

وَيَجُوزُ رَهْنُ غَلَّةِ الدُّورِ وَالْعَبْدِ

تصوره ظاهر ، وجوز ذلك حوز رقبتهما ، وتوضع الغلة على يد أمين أو يختم عليها إن كانت مما لا يعرف بعينه .

وَرَهْنُ الْآبِقِ وَالْبَعِيرِ الشَّارِدِ إِنْ قُبِضَ قَبْلَ مَوْتِ صَاحِبِهِ أَوْ فَلْسِهِ

أي : يجوز رهن الآبق والبعير الشارد ، ولم يحك المازري وغيره في ذلك خلافاً إذا لم يقارن عقد البيع ، وَخَرَجَ بعضهم قولاً بالمنع من الجنين ، وَرُدَّ بأن الغرر في الجنين أقوى ؛ لأنه باعتبار وجوده وعدمه ، بخلاف الآبق ونحوه ؛ فإنه باعتبار وصفه .

المازري : وأما إن اشترط في عقد البيع ؛ فقولان بالجواز وعدمه .

ابن رشد^(٢) : والمشهور الجواز ؛ بناءً على أنه لا حصة له في الثمن ، أو له حصة .

وظاهر المذهب : أن الرهن لا حصة له من الثمن .

قال في « البيان »^(٣) : والقولان في ذلك قائمان من « المدونة » ، انتهى .

(١) « الجواهر » (٢/ ٥٧٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/ ٤٧) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/ ٤٧) .

وأما القول بأنه لا حصة له ؛ فمن قوله في باب الرهن : فيمن وكل رجلاً على بيع سلعة فباعها وأخذ بالثمن رهناً ؛ أن الخيار للموكل في قبول الرهن ، فلم يجعل له خياراً في رد البيع وإمضائه .

ولو كان له حصة من الثمن لكان الوكيل متعدياً في بيعه بأقل من ثمن المثل .

ابن عبد السلام : وأما القول بأن له حصة من الثمن ، فمن قوله : وإن بعث منه سلعة بثلث إلى أجل على أن تأخذ منه رهناً ثقة من حقت فلم تجد عنده رهناً ؛ فلك نقض البيع وأخذ سلعتك ، أو تركه بلا رهن .

وقد يقال : إنما جعل في « المدونة » نقض البيع لمخالفة الشرط لا لنقص الثمن ، فانظره .

فرع :

وإذا بنينا على القول بمنع اشتراطه في عقدة البيع ، فهل يفسخ العقد باشتراطه أو لا؟ فيه قولان .

المازري : وهما جاريان على الخلاف في الشروط الفاسدة المقارنة للبيع .

وقوله : (إِنْ قُبِضَ قَبْلَ مَوْتِ صَاحِبِهِ أَوْ فَلَسِهِ) ليس بظاهر ؛ لأن رهن الآبق والشارد صحيح وإن لم يقبض قبل موت صاحبهما ، وإنما القبض قبل موت صاحبهما شرط في صحة الاختصاص .

وفي رهن الجنين قولان

المشهور أنه لا يصح ، خلافاً لأحمد بن ميسر فإنه أجازته قياساً على غيره من الغرر ، ورد بأن الغرر في الجنين أقوى كما تقدم .

اللخمي : وهذا إذا كان في أصل عقد البيع .

وَرَهْنُ الثَّمَارِ قَبْلَ بَدْءِ صِلَاحِهَا أَوْ بَعْدَهُ

معطوف على قوله : (وَيَجُوزُ رَهْنُ غَلَّةِ الدَّوْرِ) أي : ويجوز رهن الثمار والزرع ، ولا خلاف في ذلك إن بدا صلاحها ، ولهذا كان قوله : (أَوْ بَعْدَهُ) لا يحتاج إليه ، وأما قبل بدو الصلاح فالمشهور ما ذكره المصنف ، وروي عن مالك عدم الجواز .

وقوله : (قبله) يريد : وقد خلقت الثمرة .

المازري : وأما إن لم تخلق فذلك كرهن الجنين .

فَإِنْ مَاتَ الرَّاهِنُ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ أَنْتَظَرُ بَدْوَ الصَّلَاحِ

أي : فإن مات رهن الثمرة التي لم يبد صلاحها ولم يكن له مال غيرها ؛ انتظر بالثمرة بدو الصلاح لتباع ، وإنما انتظر بها بدو الصلاح لأن بيعها قبل ذلك لا يجوز .

واحترز بقوله : (وَلَا مَالَ لَهُ) مما إذا كان له مال ؛ فإنه يأخذ منه ، لأن حق رب الدين في ذمة المديان .

فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَهُ مَالٌ لَا يَبْقَى بِهَا ؛ فَإِنَّهُ يَحَاصُّ فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ بِجُمْلَةٍ دَيْنَهُ ، فَإِذَا بَدَأَ صَلَاحُهَا بِيَعْتَ ، فَإِنْ وَقَّتْ رَدَّ مَا أَخَذَهُ ، وَإِلَّا قُدِّرَ مُحَاصًّا لِلْغُرْمَاءِ بِمَا بَقِيَ ، فَمَا زَادَ رَدُّهُ عَلَيْهِمْ

مثال المسألة : لو كان عليه ثلاثمائة دينار لثلاثة رجال لكل واحد مائة ورهن عند أحدهم تمراً أو زرعاً قبل بدو الصلاح ، ثم فلس الراهن أو مات ووجد للغريم مائة وخمسين ديناراً ؛ فإن الثلاثة يتحاصون فيها ، فيكون لكل واحد خمسون نصف دينه ، وإنما دخل المرتهن معهم لأن دينه متعلق بذمة الراهن ، والثمره لا يمكن بيعها ؛ لأنه قد تطرأ عليها آفة الآن فتهلك ، فإذا حل بيعها بيعت واختص بها المرتهن ، فإن بيعت بمائة ردَّ الخمسين التي كان أخذها أولاً ؛ لأنه قد تبين أنه لا يستحقها ، هذا معنى قوله : (فَإِنْ وَقَّتْ رَدَّ مَا أَخَذَهُ) .

وإن لم تف كما لو بيعت بخمسين اختص بها ، ثم يقال له : قد تبين أنك إنما يجب لك الحصص بخمسين ؛ فلا يكون لك إلا ثلاثون بثلاثة أخماسها ؛ لأن لك خمسين ، ولكل واحد منا مائة ، فالمجموع مائتان وخمسون ، والموجود مائة وخمسون ، ونسبتها إلى المائة والخمسين ثلاثة أخماس ، فيمسك بيده من الخمسين ثلاثين مع الخمسين ثمن الثمرة فيكون بيده ثمانون ، ويرد العشرين الفاضلة فيكون لكل واحد منهما عشرة مع الخمسين الأولى ، فيكون بيد كل واحد ستون .

وهذا معنى قوله : (وَإِلَّا قُدِّرَ مُحَاصًّا لِلْغُرْمَاءِ بِمَا بَقِيَ ، فَمَا زَادَ رَدُّهُ عَلَيْهِمْ) وهذا الذي ذكره المصنف في كيفية العمل هو قول ابن القاسم ، وخالف في هذه الكيفية يحيى بن

عمر، ووافق على المعنى ، فقال : بل ينظر ، فإن كان بيد كل غريم نصف حقه أو ثلثه ؛ فليحبس هذا مما بيده قدر نصف أو ثلث ما نقص من ثمن الزرع عن دينه ؛ لأنه به كان يجب الحصاص ويرد ما بقي ، فيتحصص هو وهم بقدر ما بقي لكل واحد .

فعلى قوله : يسقط من يد المرتهن خمسون ثمن الزرع ، يبقى له من دينه خمسون ، وقد كان أخذ كل واحد من الغريمين اللذين لا رهن بيدهما خمسين نصف دينه ؛ فيأخذ هذا من الخمسين خمسة وعشرين ، فتبقى خمسة وعشرون ويتحصان هما والمرتهن فيما بقي ، وقد علمت أن الباقي للمرتهن خمسة وعشرون ، ولكل واحد منهما خمسون ؛ فمجموع ذلك مائة وخمسة وعشرون ، ونسبة الخمسة والعشرين المردودة من يد المرتهن إليها خمس ، فيأخذ كل واحد خمس دينه ، فيأخذ المرتهن منها خمسة يضيفها إلى الخمسين ثمن الزرع ، وإلى الخمسة والعشرين التي وجبت له بالحصاص ؛ فذلك كله ثمانون ، ويحصل لكل من الغريمين الباقي عشرة مضافة إلى الخمسين الحاصلة له أولاً ؛ فذلك ستون .

ولعل المصنف لما رأى أن هذا الخلاف لا يجري معنى تركه لذلك ، ولما كان قول ابن القاسم أخصر في العمل اقتصر عليه ، والله أعلم .

وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُسَاقَى وَالْمُشَاعِ وَالْمُسْتَأْجَرِ لِلْمُسْتَأْجَرِ وَغَيْرِهِ

يعني : إذا دفع رجل حائطاً مساقاة لرجل ، فإنه يجوز أن يرهن ذلك الحائط ، وكذلك يصح رهن المشاع خلافاً للحنفية ، وحكاه ابن عبد السلام رواية في المذهب .

وذكر المازري عن أبي الطيب عبد المنعم أنه خرج قولاً كمذهب الحنفية من قول من قال من أصحابنا : إن هبة المشاع لا تصح .

المازري : وهذا النقل الذي نقله والتخريج الذي خرجه لم أسمع من أحد من أشيائي .

وقوله : (وَالْمُسْتَأْجَرُ) أي : ويصح رهن الشيء المستأجر لمن هو في إجارته وغيره ، وقد اتضح لك أن (الْمُسَاقَى) اسم مفعول ، والمستأجر الأول كذلك ، بخلاف المستأجر الثاني فإنه اسم فاعل .

فرع مرتب :

إذا صح رهن المساقى فإما أن يرهن الحائط للعامل فيه أو لا ؛ فإن رهن للعامل فسيترك

المصنف على حيازته ، وإن رهن لغيره ؛ ففي « المَوَازِيَّة » : يجعل المرتهن مع المساقى رجلاً ، أو يجعلانه على يد رجل يرضيان به ، وقال مالك : لا يصح الرهن إذا كان المساقى أو أجير له في الحائط ، وإنما يصح إذا جعلاه بيد غير من في الحائط ، وبه يصح حوز المستأجر كما قاله ابن القاسم في « الدمياطية » فيمن ارتهن بغيراً وهو في الكراء : إن كان المرتهن يعرفه ويقوم به فهو حوز .

وَيَجُوزُ رَهْنُ الْأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا ، وَرَهْنُ الْوَلَدِ دُونَ أُمِّهِ عَلَى الْمَشْهُورِ ، وَتَكُونُ مَعَهُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ
تصوره ظاهر .

وقوله : (عَلَى الْمَشْهُورِ) ظاهره عودُه على المسألين ؛ أي : رهنها دون ولدها والعكس ، وظاهره أيضاً أن مقابل المشهور المنع ، وعلى هذا مشاه ابن عبد السلام ، ووجه المشهور : بأنه لا مانع له .

ووجه الشاذ : بأن ذلك يؤدي إلى التفرقة عند الحاجة إلى بيع الرهن .
وفيه نظر ؛ لأننا نحكم ببيع المرهون منهما مع الآخر ويكون المرتهن أحق بالرهن فقط ، ويحتمل أن يعود على الثانية وهو رهن الولد ؛ لأنه في « الجواهر »^(١) وإنما حكى الخلاف فيها ، ولأنني لم أقف في الأولى على القول بالمنع ، وإنما حكى ابن رشد فيها الجواز والكراهة .

وفي « المَوَازِيَّة » : ويجوز رهن الأم دون ولدها ، وقد ذكر بعض أصحابنا أن المذهب في هذا على قولين تعلقاً بما في « المستخرجة » ، فقال : اتفق على منع التفرقة بالبيع ، واختلف في ذلك في الرهن ، ففي « المستخرجة » عن مالك كراهة ذلك .

يحيى بن عمر : فسألت ابن وهب عن ذلك ، فقال : لا بأس به .
وعندي أن هذا الخلاف إن ثبت فإنما يحسن إذا لم تفرق بين الولد وبين أمه تفرقة يلحقه الضرر الشديد منها ، ويلحقها من تعلق نفسها به إذا حيل بينها وبينه ، انتهى .

والظاهر من جهة المعنى : أنه لا فرق بين رهن الولد دون أمه وبين العكس ، وكلام المصنف مقيد بقيدتين :

أولهما : أن يكونا في ملك واحد ، فإن كانا في ملكين ؛ فلا شك في جواز رهن كل منهما دون الآخر .

ثانيهما : ألا يبلغ الولد حد التفرقة .

وفي « البيان »^(١) : رهن العبد الصغير دون أمه على ثلاثة أوجه : إن رهنه بشرط أن يحوزه دون أمه ؛ فهو رهن فاسد لا يجوز ويفسخ .

وإن رهنه على أنه يحوزه مع أمه فهو رهن ، واختلف هل يكره ذلك ابتداءً وهو قول مالك ؛ أو لا يكره وهو قول ابن وهب .

وهو الأظهر ؛ لأنه لم يفرق بينهما في ملك ولا في حوز ، وكرهه مالك لوجهين ضعيفين :

أحدهما : أنه رأى المرتهن كأنه ملكه لما كان أحق به .

والثاني : لما كان لا يباع مفرداً صار في معنى جمع الرجلين سلعتيهما في البيع .

والوجه الثالث : إن رهنه دون شرط فيجبر على أن يحوز أمه معه ، وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد ، ويتخرج على معنى ما في « المدونة » من كتاب التجارة إلى أرض الحرب إذا أوى الراهن أن يحوز الأم ، وأبى المرتهن إلا أن يحوز رهنه أن يباعا جميعاً من رجل واحد ، فيكون للمرتهن ما ناب الرهن من الثمن رهناً ، وهذا كله إذا كان معها في البلد ، وأما إن رهن الصبي ببلد وأراد أن يخرج بأمه إلى بلد آخر ، فقال مالك : لا خير فيه ؛ إذ لا كلام في أنه لا يجوز أن يفرق بين الوالدة وولدها في الحوز وإن جمعهما الملك .

وَمَا لَا يُعْرِفُ بَعَيْنَهُ إِنْ لَمْ يُطَبِّعْ عَلَيْهِ أَوْ يَكُنْ عِنْدَ أَمِينٍ امْتَنَعَ مُطْلَقاً ، وَقَالَ أَشْهَبُ : إِنْ كَانَ نَقْدًا ؛ لِقُوَّةِ التُّهْمَةِ

يعني : أن الرهن إن كان مما يعرف بعينه كالحيوان والثياب والكتب ، قال في « المدونة » : والحلي جاز أن يوضع تحت يد المرتهن وغيره ، وإن كان مما لا يعرف بعينه ؛ فالمشهور أنه ممتنع إلا أن يطبع عليه أو يوضع تحت يد أمين .

المازري : وإنما امتنع إذا لم يطبع عليه ، أو لم يوضع تحت يد أمين حماية للذريعة أن

يكون الراهن والمرتهن قصداً إلى أن يقبض على جهة السلف ، وسمياً ذلك القبض رهناً ، واشتراط السلف في المداينة والمبايعة ممنوع ، والتطوع به كهبة المديان .

وقوله : (مُطْلَقاً) أي : كان نقداً أو طعاماً مكيلاً أو موزوناً ، وقال أشهب : إنما يمنع في النقد ، وهكذا نقل المازري ، ولفظه بعد أن ذكر أنه يتمتع رهن الدنانير والدرهم : إلا أن يطبع عليها ، وإن كان مما لا يعرف بعينه ليس من الأثمان التي هي الدنانير والدرهم والفيلس ؛ كالمكيل والموزون ، فإن في ذلك قولين ، المشهور منهما إلحاق ذلك بالدنانير والدرهم .

وأجاز أشهب ذلك ؛ لأن الصرف في الدنانير والدرهم ممن وضع يده عليها مستخف ، ويعد استخفاف ذلك في المكيل والموزون بغير إذن مالكها ، وظاهره وظاهر كلام المصنف أن أشهب يوافق على المنع في الدرهم والدنانير .

والذي نقل عنه الباجي^(١) وابن يونس وابن شاس^(٢) -واللفظ لهم جميعاً- أنه قال : لا أحب ارتهان الدنانير والدرهم والفيلس إلا مطبوعاً عليها ؛ للثمة في سلفها ، فإن لم يطبع عليها لم يفسد الرهن ولا البيع ، ويستقبل طبعها إن عثر على ذلك .

وظاهر هذا أن الطبع عنده في النقد مستحب ، وقول ابن عبد السلام : أن نقل المصنف قول أشهب قريب من نقل لفظ الباجي عنه بعيد من كلام ابن يونس ليس بظاهر ؛ لأن لفظهما سواء .

وَيَجُوزُ رَهْنُ الْمُدَبِّرِ ، وَيُسْتَوْفَى مِنْ خَرَجِهِ أَوْ مِنْ ثَمَنِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ مُفْلِساً

المدبر لا يباع ، فلذلك لا يستوفى من خدمته ، فإذا مات سيده مفلساً يبيع وقضى المرتهن من ثمنه .

فالضمير في : (خَرَجِهِ) و (ثَمَنِهِ) عائد على (الْمُدَبِّرِ) ، والضمير في : (مَوْتِهِ) عائد على السيد .

وقوله : (مُفْلِساً) حال من المضاف إليه ؛ لأن المضاف وهو (الموت) مصدر ، وهو مسألة اختلاف في العربية .

(١) « المتقى » (٧/ ٢٦٥) .

(٢) « الجواهر » (٢/ ٥٧٩) .

الللخمي : ورهن منافع المدبر ورقبته مفترق ؛ فإن رهن خدمته مدة معلومة يجوز بيعها ليؤاجر المرتهن تلك المدة ؛ جاز في عقد البيع وبعده ، وإن رهن جميع خدمته جاز بعد العقد ، ويختلف إذا كان في العقد ، وإن رهن رقبته على أنه إن مات الراهن ولا مال له بيع المدبر وكان في أصل العقد ؛ جرى على الخلاف في رهن الغرر ؛ لأنه لا يباع له الآن ، ولا يدري متى يموت السيد ، انتهى .

وهذه الصورة الثالثة هي التي ذكرها المصنف .

الللخمي والمازري : وأما إن رهن رقبته لبيع له الآن فلا يجوز .

واختلف هل يعود الرهن في الخدمة وتباع له وقتاً بعد وقت حسبما يجوز من بيعها ؛ كمن ارتهن داراً فثبت أنها محبسة على من رهنها ، فقليل : لا يعود حقه إلى المنفعة ، لأنه إنما رهنه الرقبة .

وقيل : الرهن يتعلق بمنفعتها وكرائها ، لأن المنفعة كجزء منها يجوز بيعه ورهنه ، فلا يبطل هذا الجزء ببطلان ما أخذ منه .

وَيَجُوزُ رَهْنُ الْمَكَاتِبِ ، وَيُسْتَوْفَى مِنْ كِتَابَتِهِ أَوْ مِنْ ثَمَنِهِ إِنْ عَجَزَ

يعني : ويجوز رهن المكاتب ويستوفى المرتهن من كتابته ، فإن عجز استوفى من ثمنه ، وانظر هل يجري على رهن الغرر بهذا المعنى أم لا ؛ لأن بيع الكتابة جائز مع أن هذا الغرر حاصل في البيع ، وكل ما جاز في البيع جاز في الرهن من غير عكس ، وهذا هو الظاهر ، قال أبو عمران الشَّوْشَاوِيُّ : الرَّهْنُ كُلُّهَا عَلَى خَمْسَةِ أَقْسَامٍ :

- ما يجوز ملكه وبيعه في الحال والمآل ؛ فلا إشكال في جواز رهنه .

- وما لا يجوز ملكه وبيعه ؛ فلا إشكال في منع رهنه كالخمر والمسمومات .

- وما يجوز ملكه ولا يجوز بيعه كأم الولد ؛ لا ترهن قولاً واحداً ؛ إذ فائدة الرهن

بيعه عند العجز عن الوفاء .

- وما يجوز ملكه ولا يجوز بيعه في الحال ويجوز في ثاني حال ؛ كالمكاتب يجري

على الخلاف في رهن الغرر ، وهي على وجهين : إما مشترط في أصل العقد أو بعده ، فإن كان بعد العقد جاز ؛ لأن العقد صحيح .

وأما إن كان في أصل العقد ؛ إما من بيع ، أو من قرض ، فمن قرض لا يجوز ؛ لأن المعروف يقبل الغرر ، ومن بيع يختلف ؛ لأنه قال في الثمار والزرع قبل بدو الصلاح : يجوز ، وقال في الجنين : لا يجوز .

- الخامس : ما يجوز ملكه واختلف في بيعه ؛ كجلود الميتة بعد الدباغ ، وجلود السباع قبل الدباغ ، وكلاب الماشية والزرع والصيد هل يجوز رهنها أم لا ؟ انتهى ، والله أعلم .
وَيَجُوزُ رَهْنُ الْمُسْتَعَارِ لِلرَّاهِنِ ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُهُ بِقِيَمَتِهِ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : بِمَا أَدَّى مِنْ ثَمَنِهِ وَيَأْخُذُ الْفَضْلَ

يعني : ليس من شرط الرهن أن يكون مملوكاً للراهن ، بل يجوز له أن يرهن ما استعار ، فإن أدى الراهن ما عليه من الدين رجع المستعار إلى معيره ، وإن فلس الراهن بيع الرهن وقبض المرتهن ثمنه .

واختلف بماذا يرجع المعير على المستعير ، فاختصر أبو محمد « المدونة » على أنه يرجع بقيمته ، وكذلك روى « المدونة » يحيى بن عمر وغيره ، واختصرها البراذعي^(١) على أن المعير يرجع على المستعير بما أدى من ثمنها عنه ، وكذا وقع في بعض روايات يحيى ، وهذه أصوب من الأولى ، وقاله أشهب ؛ أي : لأنه بإعارته كمسلف ثمنه ؛ لأنه لذلك أعاره كما قالوا في الضامن يتوجه عليه غرم سلعته بسبب ضمانه : إنه يرجع بثمنها لا بقيمتها ؛ لأن كفالته بهذه السلعة تستلزم تسلف الثمن إن احتيج إليه ، ولسخنون ثالث ؛ لأنه قال : إن شاء ضمنه بقيمته يوم رهنه ؛ ففهم منه التخيير .

وقول المصنف : (وَيَأْخُذُ الْفَضْلَ) هو من تنمة قول أشهب ، وذلك أنا إذا قلنا : يرجع عليه بقيمة السلعة ويقدر أن المعير أسلف السلعة للمستعير ؛ فالسلعة مبيعة على ملك المستعير ، فإن بيعت بزيادة على الدين لا يختص بها المعير .

وعلى قول أشهب يختص المعير بالزيادة ؛ لأنه عده مسلفاً لمقدار دينه من ثمن السلعة ، والزيادة على ذلك لم يلتزم فيها سلفاً فتبقى على ملك المعير ، ولهذا قال أشهب : ولو فضلت بعد الدين فضلة بعد قضاء السلطان بالبيع والوفاء فوقفها فضاغت ؛ فذلك من ربها ، وليس على المستعير إلا ما قضى عنه ، وكان ينبغي على قاعدة أشهب أن يضمن

(١) « تهذيب المدونة » (٧١/٤) .

قيمته ؛ إذ الضمان عنده ضمان أصالة ، فقد تعلقت القيمة بذمة المستعير يوم قبض العارية بخلاف ما قاله هنا ؛ لأنه يضمن ما أدى من الثمن .

وَأِنْ هَلَكَ أَتَبَعَ الْمُعِيرُ الْمُسْتَعِيرَ ، وَاتَّبَعَ الْمُسْتَعِيرُ الْمُرْتَهَنَ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا .

يعني : إذا هلكت السلعة عند المرتهن فإن كانت مما يغاب عليه توجه الغرم على المستعير والمرتهن ، كما كان في كل عارية ورهن ؛ فيتبع المعير المستعير بقيمتها يوم قبض العارية .
ابن عبد السلام : ويتبع المستعير - وهو الراهن - المرتهن بقيمتها يوم القبض ، أو يوم الهلاك ، أو يوم الرهن كما سيأتي .

وفي « البيان » ^(١) عن أشهب : أن المستعير يغرم للمعير قيمته يوم طلبه بها ، قال : وفيه نظر ، وإذا اتبع المستعير المرتهن فإنه يقاصه ، ومن فضلت له فضلة أخذها ، وإن كانت السلعة مما يغاب عليه ؛ لا ضمان على واحد منهما كما في سائر العواري والرهان .

وَلَوْ رَهَنَهُ فِي غَيْرِ مَا أَذِنَ ضَمَنَهُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : يَكُونُ رَهْنًا فِيمَا أَذِنَ فِيهِ

يعني : إذا أذن له أن يرهنه في شيء فرهنه في غيره ، وفرضها في « المدونة » فيمن أعرته سلعة ليرهنها في دراهم مسماة فرهنها في طعام ، فقال : أراه ضامناً لمخالفته ، وذلك تعدد ، ونقلها أبو محمد : ومن أعرته عبداً ليرهنه في دراهم فرهنه في طعام فهو ضامن ؛ لتعديده ، قال : وقال أشهب : لا ضمان عليه في العبد ، ويكون رهناً في عدد الدراهم التي رضي بها السيد .

وجعل المصنف قول أشهب مخالفاً تبعاً لابن أبي زيد وغيره ، وجعل ابن يونس القولين متفقين ، فحمل قول ابن القاسم على ما إذا أقر المستعير للمعير بذلك ، وخالفهم المرتهن ولم يشأ المعير أن يحلف ، فلذلك لم يقبل اتفاق المستعير والمعير على المرتهن حتى يحلف المعير على ما ادعاه .

ابن يونس ^(٢) : وإذا حلف كان رهنه رهناً فيما أقر به في الدراهم ، فإذا لم يحلف كان له تضمين المستعير بالتعدي .

وحمل قول أشهب على ما إذا حلف أو أقر له المرتهن بذلك ، قال : فيتفق القولان .

(١) « البيان والتحصيل » (١١/٦٤) . (٢) الجامع لابن يونس (٨/٣٦١) .

وَالْغَلَّةُ لِلرَّاهِنِ

أي : أن غلة الرهن للراهن ؛ لأنه على ملكه ، ويسلم للراهن الغلة على المشهور ، وفي « المبسوط » لمالك : من استرهن داراً أو عبداً قبضه أو لم يقبضه ؛ فإن إجارة العبد والدار تجمع لا تصل إلى الراهن ولا إلى المرتهن حتى يفتك الرهن فيكون تبعاً للرهن ، فإن كان في الدار كفاف الحق ؛ كانت الإجارة للراهن .

قال في « البيان » (١) : وهذه الرواية شاذة ولا تعرف في المذهب .

ودليل الأول : ما رواه مالك مرسلاً وغيره مسنداً أنه ﷺ قال : « لا يغلق الرهن ، الرهن لمن رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » .

وَإِذَا اشْتَرَطَ الْمُرْتَهَنُ مَنَفْعَةَ الرَّهْنِ مُدَّةً مُعَيَّنَةً جَازَ فِي الْبَيْعِ دُونَ الْقَرْضِ لِأَنَّهُ إِجَارَةٌ....

لما ذكر أن الغلة للراهن ذكر أنه يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة المرهون مدة معينة بشرط أن يكون ذلك في بيع ، فلو كان في قرض لم يجز .

واحترز بـ (الْمُدَّةُ الْمُعَيَّنَةُ) من غيرها ، فيمتنع للجهالة .

وقوله : (لأنه إجارة) يحتمل أن يكون تعليلاً لجواز الاشتراط في البيع ، أو لمنفعة في

القرض .

أما بيان الأول ؛ فلأن استثناء المنفعة مدة معينة يرجع إلى الإجارة فصار بائعاً لسلعته بثمان سماء ، ويعمل الدابة مثلاً فلذلك جاز ، لأن المشهور جواز اجتماع البيع والإجارة .

وأما بيان الثاني ؛ فلأنه إذا كان إجارة يلزم السلف بزيادة الإجارة .

والأقرب إلى لفظه الأول ، ولأنه كذلك في « الجواهر » (٢) وغيرها .

وظاهر كلام المصنف : أنه لا فرق بين الحيوان وغيره ، وهو اختيار ابن القاسم .

وفي « المدونة » (٣) قال مالك - رحمه الله - : وإذا اشترط المرتهن منفعة الرهن ؛ فإن كان

الدين من قرض لم يجز ، لأنه سلف جر منفعة ، وإن كان من بيع وشرط منفعة الرهن زماناً مسمى فلا بأس به في الدور والأرضين ، وكرهه مالك في الثياب والحيوان ؛ إذ لا يدري كيف ترجع إليه .

(١) « البيان والتحصيل » (٦٤/١١) .

(٢) « الجواهر » (٥٨١/٢) .

(٣) « المدونة » (١٤٩/٤) .

وقال ابن القاسم : لا بأس به في الحيوان والثياب وغيرها ؛ لأن ذلك إجارة ، وعن مالك أيضاً كقول ابن القاسم ، وبه قال أشهب وأصنع .

التونسي : ويأتي على قول مالك في هذه المسألة ، أنه لا يجوز رهن الغرر في أصل البيع ، خلاف ظاهر الروايات في « المدونة » وغيرها .

قال في « البيان »^(١) : وكره مالك ذلك ولم يقل ما الحكم فيه إذا وقع ، ويتخرج في ذلك أربعة أقوال :

الأول : أنه يفسد البيع والرهن فلا يكون أحق به من الغرماء .

والثاني : فساد البيع وصحة الرهن فيكون رهناً بالأقل من الثمن أو القيمة .

والثالث : أنه لا يفسد البيع ولا يبطل الرهن ، إنما يكره ذلك ابتداءً ، قال : وهو ظاهر « المدونة » .

والرابع : أنه يصح البيع ويبطل الرهن ، فلا يكون أحق به من الغرماء .

القاسمي : إنما يكره ذلك في الثياب ؛ لأنها تضمن في الرهن ولا تضمن في الإجارة ، فكره اجتماعهما للشك في الحكم إذا أتلّفها ، قال : وأما الحيوان فقد اختلف قول مالك في وجوب ضمانه على المرتهن .

وقوله في هذه المسألة يدل على قوله : إن المرتهن ضامن للحيوان .

ورده في « البيان »^(٢) بأن هذا لا يصح ؛ لأن مالكاً قد بين أنه إنما يكره ذلك ؛ لأنه لا يدري كيف ترجع إليه الدابة والثوب .

وانظر قوله في « المدونة » : كرهه مالك في الثياب هل أراد التحريم ، أو الكراهة على بابها ؟ والذي نقل للخمّي عنه المنع .

فروع :

الأول : اختلف المتأخرون إذا ضاع الرهن المشروط منفعته وهو مما يغاب عليه ؛ فقليل يضمّنه لأنه رهن ، وقيل : لا يضمّنه كسائر المستأجرات .

وقال التونسي : ينظر إلى القدر الذي يذهب منه في الإجارة ، فإن كان الثوب مثلاً

(١) « البيان والتحصيل » (١١٢/١١) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١٣/١١) .

ينقص باستعماله المدة المشترطة الربع ، فيكون رבעه غير مضمون ؛ لأنه مستأجر ، وثلاثة أرباعه مضمون ؛ لأنه مرتهن إن لم تقم بينة .

واعترضه صاحب « البيان »^(١) بأنه إنما ارتهن جميعه ، فإما أن يحكم له بحكم الرهن أو الإجارة ، ولم يرهن بعضه ويسقط بعضه حتى يسقط عليهما ، قال : والصواب أنه يغلب عليه حكم الرهن .

الثاني : الكلام المتقدم إنما هو إذا اشترط المنفعة في عقد البيع ، وأما إن أباح له الانتفاع بعد ؛ فلا يجوز في بيع ولا قرض ؛ لأنه إن كان بغير عوض هدية مديان ، كذا نص ابن راشد وغيره على المنع .

وإن كان بعوض جرى على الكلام في مبايعة المديان ، قاله اللخمي .

الثالث : إذا شرط أن يأخذ الغلة من دينه ؛ جاز في القرض ولا يجوز في عقد البيع ، وأما بعد عقد البيع فجائز ؛ إذ لا يدري أي مقدار يكثر ، نص على ذلك في حريم البئر .

الرابع : حيث أجزنا اشتراط المنفعة فإنما نحيزه فيما يصح كراؤه ، فلا يجوز اشتراط منفعة الأشجار ؛ إذ لا يجوز كراؤها لأخذ ثمارها ، إلا أن تكون ثمرتها قد طابت فيجوز اشتراطها في ذلك العام فقط .

الخامس : إذا رهنه وأذن له في الكراء وأن يقبضه من دينه ففرط في كراء ذلك حتى حل أجل الدين ؛ فإن كان رب الرهن حاضراً وقد علم أنه لم يكرها ولم ينكر ؛ فلا شيء على المرتهن ، وإلا ففي تغريمه كراء المثل قولان لابن الماجشون وأصبغ .

فضل : وقول ابن الماجشون بالتغريم هو أصل ابن القاسم ، هكذا حكى ابن راشد .

وقال الباجي : إذا ترك المرتهن كراء الدار حتى حل الأجل ؛ فإن كانت من الدور التي لها قدر كدور مكة ودور مصر ، أو كان العبد نبياً ؛ ارتفع ثمنه لخراجه فلم يكره فهو ضامن لأجر مثله ، وإن لم يكن كبير كراء ، ومثله يكرى أو لا يكرى لم يضمن ، قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون .

وقال أصبغ : لا يضمن في الوجهين ، وكذلك الوكيل على الأكرياء يترك ذلك فلا يضمن .

(١) « البيان والتحصيل » (١١/١١٣) .

وَرَهْنٌ فَضْلَةُ الرَّهْنِ بِرَضَا الْأَوَّلِ جَائِزٌ، وَحَوْزُهُ حَوْزُ لَهُ، وَقَالَ أَصْبَغُ: لَا يُعْتَبَرُ رَضَاهُ إِذَا عِلِمَ لِيَحْصُلَ الْحَوْزُ....

يعسني : إذا رهننت رهناً في دين وكانت قيمته أكثر من الدين ؛ جاز لك أن ترهن الفضلة ، ثم إن رهننتها من المرتهن الأول فلا إشكال ، ولذلك لم يتعرض له المصنف ، وإن كان لغيره فيشترط علم الأول ، وهل يشترط رضاه بذلك؟ اشترطه في « المدونة » (١) . قال في « البيان » (٢) : وهو المشهور ، ولم يشترطه أصبغ ، قال : إذ لا مضرة على الأول ؛ لأنه مبدى قبل غيره .

واختار ابن حبيب الأول ؛ لأنه إنما اشترط علمه ليكون حائزاً للثاني ، وكيف يكون حائزاً للثاني وهو لم يرض بذلك .

ولمالك في « الموازية » قول ثالث : أنه لا يجوز رهن فضلة الرهن لثان إذا كان الرهن بيد المرتهن الأول ، إلا أن يخرج الرهن من يد الأول ؛ لأنه إنما يقبضها لنفسه .

وحكى في « البيان » (٣) رابعاً : وهو أن الفضلة تكون رهناً ولو لم يعلم الأول ، وهو قول ابن القاسم في « المبسوط » ، وقول أشهب في « الواضحة » .

ونقل المصنف قول أصبغ فيما إذا كان الرهن بيد المرتهن الأول ، وكذا نقله صاحب « البيان » (٤) ، ولم ينقله اللخمي وابن يونس إلا فيما إذا كان الرهن بيد عدل ، ولذلك احتاج اللخمي أن يُخَرِّجَ قولاً بعدم اشتراط رضا المرتهن الأول إذا علم وكان الرهن تحت يده ؛ مما قال مالك في المخدم يهب صاحبه رقبته لغير المخدم : إنه يجوز وإن لم يرض المخدم ولم يعلم .

تنبيه :

إنما يشترط رضا الأول إذا كان الرهن على يده .

قال في « البيان » (٥) : وأما إن كان الرهن موضوعاً على يد عدل ؛ فالاعتبار في ذلك إنما هو بعلمه دون علم المرتهن .

(١) « المدونة » (٤/١٤٦) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/٤٦) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/٤٦) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١١/٤٦) .

(٥) « البيان والتحصيل » (١١/٤٦) .

فرع :

إذا كان الرهن بيد المرتهن وهو مما يغاب عليه ورهن فضله من غيره ثم هلك الرهن ؛ ففي « المدونة » يضمن المرتهن مبلغ دينه وهو في الباقي أمين ، ويرجع المرتهن الثاني بدينه -لأنه فضلة الرهن- على يد عدل .

وقال أشهب في « المَوَازِيَّة » : ضمانه كله من الأول ، قال : ولو كان بيد الثاني لم يكن عليه ضمان ؛ لأنه رهن للأول ، وإنما لهذا الفضلة لو كانت .
الللخمي : وعلى أصل ابن القاسم يضمن الثاني الفضل .

ابن يونس ^(١) : وإنما يصح ألا يضمن الأول إلا مبلغ دينه على قوله في « المدونة » : إذا كان أحضر الثوب وقت ارتهان الثاني فضله أو علم بالينة أنه قائم عنده ، وإلا كان ضمان الجميع منه ؛ إذ قد يكون تلف الثوب قبل ذلك ، ووجب عليه ضمانه ، وقاله بعض أصحابنا .

فَإِنْ كَانَ بِرِضَاهُ وَسَبَقَ أَجَلُ الثَّانِي قُسِمَ إِنْ أُمُكِّنَ ، وَإِلَّا بَيْعَ وَقُضِيَ

فَرَعَ عَلَى الْقَوْلِ بِاشْتِرَاطِ الرِّضَا لِأَنَّهُ الْمَشْهُورُ ؛ أَي : فَإِنْ كَانَ ارْتِهَانُ الثَّانِي بِرِضَا الْأَوَّلِ وَسَبَقَ أَجَلُ دَيْنِ الثَّانِي (قُسِمَ) أَي : الرهن إن أمكن ، وإن لم يمكن قسمه (بَيْعَ) أَي : الرهن (وَقُضِيَ) أَي : المرتهن الأول والثاني ؛ لأن الثاني إنما له الفضلة عن دين الأول ، ولا إشكال إذا كان أجل الثاني مساوياً أو أبعد ، ولذلك لم يتعرض المصنف له .
وقوله : (بَيْعَ) أَي : إذا كان فيه فضل .

ابن القاسم في « العتبية » ^(٢) : وإن لم تكن فيه فضلة لم تبع حتى يحل الأول .
ولمالك من رواية أشهب في « العتبية » و « المَوَازِيَّة » فيمن رهن هنا في دين إلى ستة أشهر ثم ابتاع سلعة من رجل آخر بثمن إلى ستة أشهر ورهنه فضلة الأول على أن الأول مبدى عليه فحل أجل الآخر ، فقال مالك : أَعْلِمَ الْآخِرُ أَنَّ دَيْنَ الْأَوَّلِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ ؟ قيل : لا ، قال : أرى أن يباع الرهن فيجعل للأول حقه كله قبل محله ويعطى الثاني من دينه ما فضل .

ابن المواز : وقاله أشهب ، وقال : هذا إذا بيع بعين أو بما يقضى بمثله وحق الأول مثله ،

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/٤٧) .

(١) الجامع لابن يونس (٨/٣٣٤) .

وأما إن بيع بعرض ؛ فإن كان مثل الذي عليه ، أو بيع بدنانير وله عليه دراهم ، أو بيع بطعام مخالف لما عليه ؛ فإنه يوضع له رهن إلى حلول حقه ، وقال سحنون في «المجموعة» : سواء علم الأول أن حق الثاني يحل قبله أو لم يعلم ، فإنه إن بيع بمثل دينه فليعجل له .

وقال في موضع آخر : إلا أن يكون حقه من طعام فيأبى أن يعجله فذلك له .

التونسي : وقول مالك : «أَعْلِمَ» يحتمل لو علم لم يجز البيع ؛ لأنه باع من الثاني على أن يعجل للأول حقه فيصير بيعاً وسلفاً ؛ لأنه لما رهنه فضلة الرهن والأول إلى ستة أشهر ، لم يقدر على بيع الرهن إلا أن يتعجل دين الأول .

واستشكل قول أشهب هذا إذا بيع بعين أو بما يقضى بمثله ، فإن ظاهره أن الدين الأول كان من بيع ولم يكن من قرض ، ألا ترى إلى قوله بعد هذا : (فَإِنْ بَاعَ بِعَرَضٍ) فهذا دليل على أن ذلك الدين مما يقضى بمثله وكان دينه من بيع ، وأنه جعل له تعجيله ، وهذا قول غير معروف .

ثم قال : وفي بيع الرهن بالطعام والعروض اعتراض ، وكيف يصح أن يباع بعروض أو طعام ، ويجب أن ينقض إذا بيع بخلاف العين .
فقال : فهذه مسألة جرت كلها على أمر مشكل .

وَلَوْ رَهَنَهُ رَهْنًا فِي قَرْضٍ جَدِيدٍ مَعَ الْقَدِيمِ فَسَدَ وَلَمْ يَكُنْ رَهْنًا إِلَّا فِي الْجَدِيدِ

مثاله : لو أسلف أولاً مائة بلا رهن ثم أسلف مائة أخرى وأعطاه بها وبالأخرى رهناً ، وفي معناه أن تكون المائة الأولى من بيع .

وقوله : (الْقَدِيمِ) ظاهره القرض القديم ؛ فلا يصدق إلا على الصورة الأولى ، ويحتمل الدين القديم فيعم .

قوله : (فَسَدَ) أي : الرهن في الدين القديم ، هذا ظاهر لفظه ، ويحتمل فساد القرض وهو الذي يؤخذ من « الجواهر » .

ومقتضى كلامه في « الجواهر » : أنه لو اطلعنا على ذلك قبل قيام الغرماء لرددنا الرهن .

ولا يؤخذ ذلك من كلام المصنف .

وقوله : (وَلَمْ يَكُنْ رَهْنًا إِلَّا فِي الْجَدِيدِ) هو مذهب « المدونة » ، وحكى ابن المواز قولاً آخر : أنه يبطل نصف الرهن ويبقى نصفه رهناً بالمائة الأخرى .

ووجه ابن المواز الأول : بأنه بمنزلة رهن سلعتين فاستحقت إحداهما ، فإن الثانية رهن بالجميع ، وكالمرأة تأخذ رهناً بالصدّاق ثم تطلق قبل البناء ؛ فجميعه رهن بنصفه .

وظاهر كلامه : أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الأول رهناً أو لا ، وهو مذهب « المدونة » .

ونقل اللخمي عن مالك أنه قال : لا خير فيه .

وقيد محمد ما أجازَه مالك بما إذا كان فيه وفاء ، وأما إذا لم يكن فيه وفاء ؛ فلا يجوز ، وألحق بعضهم بذلك إذا كان الأول يفسد ببيع ، أو لم يكن مأموناً في عدم الجواز .

للخمي : والأول أحسن ؛ لأن الطالب لا يزيد قرضاً ليزيده رهناً إلا لأمر يتخوفه .

وقيد ابن المواز « المدونة » : بأن يكون الأول مؤجلاً ، قال : وأما إن كان الأول حالاً ؛ فذلك جائز ، إلا أن يكون الأول عديماً .

ابن المواز : ويجوز عندي وإن كان عديماً إذا كان الرهن له ما لم يكن عليه دين أحاط به ؛ لأنه إذا كان الأول حالاً فالتأخير به كسلف ثانٍ ، فيصير تأخيرَه الأول وإنشاء الثاني كسلف واحد نشأ الآن ، إلا أن يكون عديماً ؛ أي : لأنه حينئذ لا يتمكن رب الدين من قبض فلا يكون تأخيرَه حينئذ كابتداء سلف ؛ لأن الحكم يوجب تأخيرَه ، فإن كان الرهن له فهو كالملكي ، وإن كان عليه دين أحاط به ؛ فإنه حينئذ يخشى قيام الغرماء عليه فيحاصونه ، فإذا رهنه ذلك اختص هو بدينه فجعلت له المنفعة بسبب السلف .

وَلَا تَنْدَرِجُ الثَّمَارُ مَوْجُودَةً أَوْ مَعْدُومَةً إِلَّا بِالْشَّرْطِ

يعني : إذا رهنه الراهن وأطلق ؛ فإن ثمرته لا تدخل في الرهن ، سواء كانت موجودة حين الرهن أم لا ، وهذا هو المشهور ، وعن مالك أنها لم تدخل ، فإن اشترطت دخلت اتفاقاً إذا كان الدين من بيع ، وكذلك القرض على المشهور .

وروى ابن نافع : أنه لا يجوز اشتراط اندراجها فيه .

واختلف المتأخرون هل تدخل الثمرة إذا تناهت ويست قياساً على ما قاله ابن القاسم في الصوف المستجز وإليه ذهب بعض القرويين ، أو لا تدخل ؟ والفرق بينهما : أن الثمرة تترك لتزداد طيباً فهي غلة لم يرهنتها ، والصوف لا فائدة في بقاءه فكان سكوته عنه دليلاً على إدخاله في الرهن .

ونص ابن القاسم على أن الثمرة لا تدخل وإن أزهرت ، وإن ارتهن تحلاً فالعسل للراهن مثل الثمرة .

أبو محمد^(١) : يريد ولا يكون رهناً .

وَكَذَلِكَ مَالُ الْعَبْدِ وَخَرَجُهُ

أي : فلا يدخل ماله إلا بشرط ، وحكي في « الاستذكار »^(٢) أن ذلك لا يدخل في الرهن عند الجميع .

وقال في « المقدمات »^(٣) : وروي عن مالك أن الغلة سواء كانت متولدة عنه كثمرة النخلة ولبن الغنم وصوفها ، أو غير متولدة عنه ككراء الدور وخراج العبد ؛ داخله في الرهن .

قال مالك في « العتبية »^(٤) و« المجموعة » : ويجوز رهن ماله مفرداً ، معلوماً كان أو مجهولاً ؛ أي : لأن رهن الغرر جائز .

قال في « المدونة »^(٥) : ولا يكون ما وهب للعبد رهناً .

أشهب في « المجموعة » : ولو كان ماله مشروطاً ، بخلاف ما ربح في ماله المشروط ؛ فإنه رهن كالأصل ، كما أن من أوصى بوصايا فلا تدخل فيما لم يعلم من ماله ، وتدخل فيما علم به ، وفي أرباح ما علم .

ابن يونس^(٦) : يريد ربح فيه قبل موته أو بعده .

(١) « النوادر والزيادات » (١٠/١٨٢) .

(٢) « الاستذكار » (٧/١٤٠) .

(٣) « المقدمات » (٢/٣٧١) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١١/٤٨) .

(٥) « المدونة » (٤/١٦٢) .

(٦) الجامع لابن يونس (٨/٣١٤) .

وقال بعضهم : الأثب في المستثنى ماله أن يكون ما وهب له يدخل في الرهن كالمبيع بخيار يشترط المشتري ماله .

مالك : وأرش جراح العبد للمرتهن .

وَتَنْدَرَجُ الْأَجْنَةُ

قال في « الجلاب » (١) : وكذلك فراخ النخل والشجر .

مالك في « الموازية » : ولو اشترط أن الأمة رهن دون ما تلده لم يجز .

ابن شعبان : ومن ارتهن عبداً فولد العبد من أمته رهن مع أبيه دون أمه ، وكذلك تندرج الزيادة غير المتميزة ؛ كسمن الدابة والجارية ، وكبر الصغير بالإجماع ، وعلى هذا فتندرج الزيادة إن لم تتميز وأشبعت الأصل كالولد ، ولا تندرج إن لم تكن كذلك .

وَفِي الصُّوفِ الْمُسْتَجَزُّ قَوْلَانِ .

يعني : أن الصوف إن لم يتم يوم عقد الرهن فهو للراهن كاللبن وغيره من الغلات ، وإن كان تاماً ، وهو مراده بـ (المُسْتَجَزُّ) فقال ابن القاسم في « المدونة » (٢) : تدخل كالمبيع .

وقال أشهب : لا تدخل ؛ لأن الصوف التام غلة لا يردده المشتري في الرد بالعيب .
وَشَرَطُ الْمَرْهُونِ بِهِ : أَنْ يَكُونَ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ لِازِمًا أَوْ صَائِرًا إِلَى الْوُجُودِ وَيُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ

يعني : شرط المرهون به أن يكون مركباً من أربعة أجزاء :

أولها : أن يكون ديناً ، احترز به من الأمانة ، فلا يجوز أن يدفع قراضاً ويأخذ به رهناً .

ثانيها : أن يكون في الذمة .

احترز به من المعينات أو منفعتها فإنها ليست في الذمة ؛ لأن الذمة لا تقبل الأشياء المعينة .

(١) « التفريع » (٨/ ٢٦٠) .

(٢) « المدونة » (٤/ ١٣٨) .

ثالثها : أن يكون لازماً أو صائراً إلى اللزوم ، واحترز باللزوم من دين الكتابة ، فإنه غير لازم ؛ لأنه إذا عجز المكاتب يرجع رقيقاً ، وقال : (أَوْ صَائِراً إِلَى اللُّزُومِ) ليدخل الجعل ؛ فإنه عقد غير لازم ، ولكنه يلزم بالشروع في العمل .

رابعها : أن يمكن استيفاؤها من الرهن ، احترز به مما يتعذر استيفاؤه من الرهن ؛ لكونه لا يحل بيعه كمنافع المعينات .

ابن راشد وابن عبد السلام : الظاهر أن هذا لا يحتاج إليه ؛ لأنه قدم ما يغني عنه في شرط الرهن .

فَلَا رَهْنٌ فِي نُجُومِ الْكِتَابَةِ.

أدخل الفاء لكونها كالنتيجة عما قبله ، وما ذكره المصنف من عدم الرهن في نجوم الكتابة نحوه في ابن شاس^(١) ، وهو محمول على ما إذا أعطى أجنبي رهناً بكتابة مكاتب فإن ذلك لا يجوز ، قاله في « المدونة » وغيرها ؛ لأن دفع الأجنبي الرهن إنما يتصور إذا تحمل الأجنبي الكتابة ، والحالة بها لا تصح كما سيتبين لك إن شاء الله في محله . وإن كان المكاتب رهن رهناً في كتابته فإن ذلك جائز ، نص عليه في « المدونة » .

وَلَا فِي عَيْنٍ وَلَا فِي مَنَافِعِ عَيْنٍ.

يعني : ولا رهن في عين ، وهو ظاهر في ذلك ؛ لأن المقصود من الرهن التوثق ليستوفي منه ما يطلب به ، ولا يمكن أن يستوفي المعين أو منفعة من الرهن أو ثمنه .

وَالرَّهْنُ فِي الْعَارِيَةِ لِضْمَانِ الْقِيَمَةِ لَا لِلْعَيْنِ ، وَلِذَلِكَ فَضِلَ بَيْنَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَغَيْرِهِ ..

هذا جواب عن سؤال مقدر ، لأنه لما قال : لا يصح في معين ؛ كأن قائلًا قال : هذا لا يصح ؛ لأنه يجوز لمن أعار معيناً أن يأخذ عنه رهناً ، فأجاب بأن الرهن المأخوذ في العارية إنما هو لقيمته على تقدير هلاكه ، ولأجل أن الرهن إنما هو للقيمة لم يصح دفع الرهن إلا فيما يغاب عليه ؛ لأنه هو الذي يضمن في العواري ، لا فيما لا يغاب عليه ؛ لأنه لا تلزمه قيمته إذا تلف .

وَيَجُوزُ عَلَى أَنْ يُقْرِضَهُ أَوْ يَبِيعَهُ أَوْ يَعْمَلَ لَهُ ، وَيَكُونُ بِقَبْضِهِ الْأَوَّلِ رَهْنًا

يعني : ليس من شرط الرهن أن يصادف ديناً سابقاً ، بل يصح قبضه مع الدين وقبله ، ففى « المدونة » (١) : وإذا دفعت إلى رجل رهناً بكل ما اقترض فلان جاز ذلك .

قال فى « النكت » (٢) : ويكون رهناً بما دأينه من قليل وكثير ما لم يجاوز قيمة الرهن ، ولا يراعى ما يشبهه ، بخلاف مسألة كتاب الحماله إذا قال : دأينته وأنا ضامن ؛ لأن الأول قد يبين بالرهن ما يقرضه .

ابن عبد السلام : فأشار إلى أن الحميل فى الحماله يلزمه كل ما وقعت به المدائنة ، سواء كانت تشبه أو لا .

وقال غيره : إن قول غير ابن القاسم فيها مقيّد لقول مالك ، وأنها كمسألة الرهن لا يلزم الحميل إلا ما يشبه من المدائنة .

وقوله : (أَوْ يَعْمَلُ لَهُ) يعني : هو أو من يكرهه ليكون المال متعلقاً بالذمة ، لا هو بخصوصيته ؛ لما تقدم أنه لا يصح الرهن فى منافع معين ، ويصح حمل كلامه على المعنى أيضاً ، بمعنى أن المكري يأخذ الرهن بالأجرة التى دفع إلى المعير على تقدير موت الأجير ومرضه .

قوله : (وَيَكُونُ بِقَبْضِهِ الْأَوَّلِ رَهْنًا) يعني : إذا دفع الرهن قبل الدين كان الرهن بقبضه الأول رهناً ، ولا يحتاج إلى تحديد قبض بعد أخذ الدين .

فرع :

قال فى « الجواهر » (٣) : ولو شرط رهناً فى بيع فاسد فظن لزوم القضاء به ورهن فله الرجوع فيه ، وكما لو ظن أن عليه ديناً فأداه ثم تبين أنه لا دين عليه فإنه يسترده .

فَإِنْ شَرَطَ رَهْنًا سَلْعَةً فِي ثَمَنِهَا الْمُؤَجَّلِ وَلَيْسَتْ بِحَيَوَانٍ وَشِبْهِهِ جَازَ

المأزري : إن اشترط وضع المبيع على يد أجنبي غير البائع ؛ جاز فى المشهور عندنا .

وقال ابن المواز : لا يجوز ذلك ، وظاهره الكراهة .

(١) « المدونة » (٥٣/٤) .

(٢) « النكت والفروق » (١٨٨/٢) .

(٣) « الجواهر » (٥٨٣/٢) .

ومنع ابن الجلاب^(١) في الحيوان خاصة ولم يقيد اشتراط ذلك بيد البائع أو بيد أمين ، وإن اشترط بقاءه رهناً في يد البائع فثلاثة أقوال : منعه مالك في « المَوَازِيَّة » مطلقاً ، وأجاز ابن القصار مطلقاً ، وأجازهُ أصبغ في العقار وما يؤمن عليه ومنعه في الحيوان .
المازري : وقيد بعض الأشياخ الخلاف بما إذا لم يشترط فيه أجل بعيد ، وأما إذا اشترط فيه أجل بعيد فإنه يمتنع اتفاقاً .

وبعض الأشياخ أطلق الخلاف من غير تعرض لذكر قرب أجل الرهن وبعده ، انتهى .
فقول المصنف : (وَلَيْسَتْ بِحَيَوَانٍ) يأتي على ما في « الجلاب » .
ولعل المصنف يريد بـ (شِبْهٍ) الطعام ؛ لأنه يسرع إليه التغير ، فانظر هل توجد لفظة (وشبّه) في الرواية .

ابن عبد السلام : وإذا لم يُمكن البائعُ المشتري من قبض السلعة وَحَبَسَهَا في ثمنها ؛ ففي انتقال ضمانها إلى المشتري ثلاثة أقوال ، والمشهور أنها تضمن ضمان الرهان .

وَيُخَيَّرُ الْبَائِعُ وَشِبْهُهُ فِي الْفَسْخِ فِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ

يعني : من باع سلعة بثمن مؤجل على شرط أن يأخذ رهناً به ، فإن كان الرهن المشروط غير معين وأبى المشتري من دفعه ؛ خَيَّرَ البائع وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع وإمضائه بلا رهن ، وهكذا قال ابن الجلاب^(٢) مقتصرأ عليه .

والذي نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمي وابن راشد وغيرهم : أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه النقد باعتبار الدين .

ابن عبد السلام : وهو المذهب ، واختلف المتأخرون هل يسجن أم لا ؟ والصواب أنه يسجن .

اللخمي : وعلى المشهور فإنه يعطي الصنف المعتاد ، والعادة في الحواضر أن يرهن ما يغاب عليه من الثياب والحلي وما لا يغاب عليه كالديار وشبهها ، فليس العادة العبيد والدواب ، وليس على المرتهن قبول ذلك وإن كان أخف عليه ؛ لتصديقه في تلفه ؛ لأن في حفظه كلفة ومشقة ، وإن أحب أن يعطي ثياباً وامتنع المرتهن لأنه مما يضمه ، أو أحب

(١) « التفريع » (٢/٢٥٨) .

(٢) « التفريع » (٢/٢٥٨) .

الراهن أن يعطي داراً وامتنع المرتهن وأحب ما ينفصل به ويكون تحت غلقه فالقول قول الراهن ؛ لأن كل ذلك رهن .

ويحمل كلام المصنف على أن المبتاع لم يجد شيئاً ، وأما إن وجد فيجبر على ما جرت العادة بدفعه .

وَيَصِحُّ الرَّهْنُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِ

يعني : يصح الرهن ويلزم بالقول ، لكن لا يختص المرتهن به على الغرماء إلا بقبضه ، وهذا معنى قوله : (وَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِ) .

ونقل المازري عن أبي حنيفة والشافعي : أنه لا يلزم إلا بالقبض ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة: ١] ، وقوله ﷺ : « المسلمون عند شروطهم »^(١).

وتنازع الجميع في فهم قوله تعالى : ﴿ فَرهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣] هل المراد المقبوضة بعد عقد الرهن وهو قول مالك ، ويعضده أنه أثبت لها حكم الرهان قبل القبض ، أو المراد أن الرهن هو المقبوض وهو قول أبي حنيفة والشافعي ؟

وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُعِينًا

هذا قسيم قوله : (وَيُخَيَّرُ الْبَائِعُ وَشِبْهُهُ فِي الْفَسْخِ فِي غَيْرِ الْمُعِينِ) أي : فإن كان معيناً ، كما لو قال : أرهنتك هذا الثوب .

والأحسن بطريقة المصنف تقديم هذه المسألة على قوله : (وَيَصِحُّ الرَّهْنُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِ) .

فَإِنْ تَرَاحَى الْقَبْضُ إِلَى الْفَلَسِ أَوْ الْمَوْتِ بَطَلَ اتِّفَاقاً ، وَلَوْ كَانَ مُجِداً عَلَى الْأَشْهَرِ

أي : فإن تأخر القبض ، وكذا وقع القبض ملفوظاً به في بعض النسخ .

قوله : (إِلَى الْفَلَسِ أَوْ الْمَوْتِ) فإن كان ذلك بتراح من المرتهن ولو شاء أخذه قبل ذلك ؛ بطل الرهن بالاتفاق .

ابن عبد السلام : ولا يبعد أن يكون مجمعاً عليه وإن لم يتراخ ؛ بل كان جاداً في

(١) أخرجه الحاكم (٢٣١٠) والدارقطني (٢٧/٣) والبيهقي في « الكبرى » (١٤٢١٣) من حديث عائشة - رضي الله عنها - . وصححه الألباني - رحمه الله .

الطلب حتى فلس الراهن أو مات ؛ ففي « الجواهر »^(١) : ظاهر الكتاب أنه لا يكون أحق ؛ لقوله : إذا لم يقبض المرتهن حتى مات الراهن أو فلس كان أسوة الغرماء ، فأطلق الجواب فيه .

وقال القاضي أبو محمد : حقه ثابت ؛ لأنه لم يفرط .

ابن راشد : وفي كلامه في « الجواهر » نظر ؛ لأنه لم يتعرض لكونه مجداً ، ويحتمل أن لو سئل عن ذلك لأجاب بالصحة .

وشهر المصنف البطلان لكونه ظاهر « المدونة » كما قال ابن شاس ، وحكى اللخمي والمازري القولين إذا كان جاداً ولم يعينا مشهوراً .

فإن قلت : ما الفرق على ما شهره المصنف هنا وبين الهبة إذا مات الواهب والموهوب له جاد في الطلب وفي تزكية الشهود ؛ أن ذلك حوز عند ابن القاسم خلافاً لأشهب ؟

قيل : لأن الرهن لما كان لم يخرج من ملك راهنه لم يكتف بالجد في الطلب ، بخلاف الموهوب فإنه خرج عن ملك راهنه ، والله أعلم .

وَقَبْضُهُ كَقَبْضِ الْمَبِيعِ

لما ذكر أنه لا يتم إلا بالقبض بين أن القبض هنا كما قدمه في قبض المبيع ؛ أي : قبض المكيل بالكيل والموزون بالوزن والمعدود بالعدد ، وفي اعتبار مقدار المناولة قولان ، وفي العقار التخلية وفي غيرهما العرف .

ويحتمل أن يريد بقوله : (وَقَبْضُهُ كَقَبْضِ الْمَبِيعِ) خصوصية المكيل والموزون والمعدود . وعلى كلا الاحتمالين ففي كلامه نظر ؛ أما على الثاني فلأن كلامه حيثئذ يكون تعرض لكيفية القبض في العقار والعروض ولا ينبغي إهمال ذلك .

وأما على الأول فإن ظاهر كلامه مساواة القبض فيه للبيع ، والذي يؤخذ من كلامهم أنه لا بد هنا من زيادة على قبض المبيع ، فقد قال ابن عبد السلام : إنَّ تخلي الراهن عن العقار لا يكون رهناً كافياً ، بل لابد مع ذلك من شيء آخر وهو غلق المرتهن على ما يكون ذلك فيه .

وقال المازري : إن كان الرهن ما ينتقل كالثوب والعبد فَقَبْضُهُ بنقله من حيازة الراهن

ومكانه إلى مكان المرتهن ، وهذا لا يشترط في البيع ، ونص اللخمي وغيره على أن قبض الرهن إذا كان عقاراً بالتسليم والإشهاد ، إلا دَارَ سكناه فيشترط فيه في الرهن خروجه وإخلاقه من شواغله ، قال : وإن لم يخله وحال المرتهن بينه وبين التصرف فيه جاز .

وقال المازري : إن كان الرهن مما لا يتقل كالدار فالقبض فيه رفع يد الراهن وتفرغ ذلك من شواغل الراهن ، وإن كان مغلقاً خالياً كان مفتاح ما يعلق به بيد المرتهن ، وإن كان أرضاً لا تقفل ولا شَاغِلَ فيها للراهن كفى فيها الإشهاد والذب عنها إلى المرتهن .

فإن قلت : كلام المازري يدل على أنه لا بد من إزالة الشواغل .

قيل : يحمل كلامه على دار سكناه ليوافق كلام اللخمي ، فإن كان في كراء بغير وجبة فحوزه أن يجمع بينه وبين المرتهن ويقبض الكراء المرتهن أو من يرضيان به .

واختلف إذا كان الكراء وجبة ؛ فحوزه أن يجمع بينه به ، وقد قبض كراءه أو لم يقبض ، هل يصح فيه حوز أو لا ، وإن كان فيه طعام مخزن فسلّم مفتاحه إليه أو إلى أمين جاز ، انتهى .

وَقَبْضُ الدِّينِ بِالإِشْهَادِ وَالْجَمْعِ بَيْنَ الْغَرِمَيْنِ إِذَا كَانَ عَلَى غَيْرِ الْمُرْتَهِنِ

لما قدم المصنف أنه يصح رهن الدين تكلم هنا على حوزة ولم يتعرض المصنف للوثيقة التي فيها ذكر الحق ، وكأنه إنما تكلم على ما لا بد منه ، لأن الوثيقة قد لا تكون ، قال في « الجواهر » (١) : وأما الدين فبتسليم ذكر الحق ، والإشهاد والجمع بين الغريمين إن كان على غير المرتهن ، وكفي الاقتصار على الجمع بينهما والإشهاد إن لم يكن ذكر حق ، ويتقدم إليه بحضرة البينة ألا يقبضه إياه حتى يصل إلى حقه .

وكذلك قال اللخمي : حيابة الدين أن يأخذ المرتهن ذكر الحق ، أو يجمع بينه وبين الغريم ويتقدم إليه بحضرة البينة ، ألا يقضيه إياه حتى يصل إلى حقه ، فإن فعل ذلك متعدياً أغرم الدين ثانياً ، لأنه أتلّفه على المرتهن إلا أن يكون حقه أقل ، فإن كان الغريم غائباً ولا وثيقة فالإشهاد يجرئ وفيه خلاف .

وظاهر كلامهما : أنه لا بد من حيابة الدين في هذه الثلاثة ، وقول اللخمي : وإن كان الغريم غائباً ولا وثيقة فالإشهاد يجرئ ، وفيه خلاف ، لعله يشير بذلك إلى ما حكاه

الباجي^(١) أنه قال : قال مالك : إن كان للدين وثيقة فحيازته أن تدفع الوثيقة إليه ويكون أحق في الفلس والموت ، وإن لم يكن للدين ذكر حق ، فقال ابن القاسم أيضا : لا يجوز إلا أن يجمع بينهما ، وهو ظاهر قول مالك في « الموازية » ، انتهى .

اللخمي : وليس على الراهن أن يدفع ذكر الحق للمرتهن إذا كان الدين عليه ، لأنه يخشى أن يجحده فيتلف حقه ، لأن قبض المرتهن للكتاب إنما هو ليقبض به ، والمرتهن مستغن عن ذلك .

وَقَبْضُ الْجُزْءِ الْمُشَاعِ وَالْبَاقِي لِغَيْرِ الرَّاهِنِ إِنْ كَانَ عَقَارًا جَائِزًا بِاتِّفَاقٍ ، وَفِي الْحَاقِ غَيْرِهِ بِهِ لَا بِمَا فِيهِ لِلرَّاهِنِ حَقٌّ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ .

يعني : إذا كان للراهن جزء مشاع في شيء وباقي ذلك الشيء لغيره ، فإذا قبض المرتهن ذلك الجزء وحل محل الراهن ؛ فإن كان المرهون عقاراً صح الرهن وتم باتفاق ، وقد تقدم أول هذا التقييد أنه قد استقرئ من كلام المصنف إذا حكى الاتفاق ، فإنما يريد اتفاق أهل المذهب بخلاف الإجماع .

ابن عبد السلام : حكى المصنف الاتفاق لكونه لم يطلع على الرواية التي في المذهب بمنع رهن المشاع .

خليل : وقد يقال : هذا لا يرد ؛ لأن كلام المصنف إنما هو في كيفية القبض ، وذلك مستلزم لصحة الرهن ابتداء ، فكأنه يقول : اتفق القائلون برهن المشاع على هذا ، والله أعلم .

وإن كان غير عقار ؛ حيواناً أو عروضاً ، فقال ابن القاسم في « المدونة »^(٢) : هو كالعقار .

وقال أشهب وعبد الملك : لا بد من قبض المرتهن الجميع أو جعله بيد الشريك أو بيد غيرهما ، هكذا نقل اللخمي وابن يونس قول أشهب ، فوجه قول ابن القاسم القياس على العقار .

المازري : ووجه قول أشهب وعبد الملك أن الحوز إنما صح في الرباع لأن نقلها لا

(١) « المنتقى » (٧/٢٦٢) .

(٢) « المدونة » (٤/١٣١) .

يمكن، فصار المقدور عليه في قدرة الخلق رفع يد الراهن عن نصيبه ، وكون يد المرتهن يحل محله .

وأما ما ينقل ويزال ؛ فإنه يمكن فيه أن ينقله عن مكان إلى مكان ، وهكذا المعتاد فيه وفي قبضه فطلب في الحوز أعلى درجاته ، وهي نقله من مكان إلى مكان ينفرد به المرتهن .
للخمي : وقول ابن القاسم أحسن .

ابن عبد السلام : والظاهر أنه لا فرق بين العقار وغيره .

والضميران المجروران في كلام المصنف بغير والباء عائدان على العقار وذلك واضح .

وَعَلَى الْمَشْهُور : لَا يَسْتَأْذِنُ الشَّرِيكَ وَلَهُ أَنْ يَقْسِمَ وَيَبِيعَ وَيُسَلِّمَ ، وَعَلَى الْآخَرِ : فَبِئْسَ جَوَازُ بَيْعِهِ فَيَتَأَخَّرُ التَّسْلِيمُ قَوْلَانِ

أي : وعلى قول المشهور ، أي : قول ابن القاسم ؛ كمن له نصف ثوب أو حيوان رهنه ، ولا يستأذن الشريك الذي لم يرهن ؛ لأن الشريك يتصرف مع المرتهن ، وله - أي : للشريك الذي لم يرهن - أن يقسم الشك إن كان مما يقبل القسمة ، وله بيع ما نابه ويسلمه للشريك ، ولا يمنعه رهن الشريك من ذلك ، لأن الرهن لا يتعلق بحصته ، وعلى قول أشهب لا يكون لأحد الشريكين أن يرهن حصته إلا بإذن شريكه ، لأن المرتهن على قوله يحتاج إلى حيازة الجميع ، ولهذا قال في « الموازية » : من كان له نصف عبد أو دابة أو ما ينقل كالثوب والسيف ؛ لم يجز أن يرهن حصته إلا بإذن شريكه ، وكذلك ما لا ينقسم ، لأن ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه ، فإن لم يأذن له انتقض الرهن .

خليل : وينبغي أن يستأذنه أيضاً على قول ابن القاسم ؛ لأن الشريك الذي لم يرهن نصيبه قد يدعو إلى بيع الجميع لأجل ما عليه في بيع نصيبه مفرداً من الجنس ، فإذا دعا إلى ذلك مَكَّنَّ منه لكونه من حقه ، فيؤدي إلى بيع النصيب المرتهن فينقل حكم المرتهن من الرهن إلى حكم آخر ، ومن حق المرتهن أن يتوثق في الرهن حتى لا يكون لأحد فيه حق في إزالة يده عن الرهن إلا بعد قضاء الدين الذي هو رهن به ، فإذا استؤذن الشريك الذي لم يرهن لم يكن له أن يدعو إلى المفاصلة وبيع الجميع حتى يحل أجل الدين ويقبض المرتهن حقه .

ثم فرع المصنف على قول أشهب بقوله : (وَعَلَى الْآخَرِ : فَبِئْسَ جَوَازُ بَيْعِهِ... إلخ) ،

أي: إذا أذن على قول أشهب ، وقلنا : إنه يمنع من دعوى المفاصلة ، فلو أراد بيع نصيبه على أن يقبض إلى أجل الدين وهو أجل بعيد لا يجوز بيع المعينات على أن يقبض إليه على قولين المنسوب لأشهب الجواز .

المازري : وهو أشهرهما .

وقال ابن ميسر بالمنع قياساً على بيع الغائب ، ورأى أشهب أنه لما كان للمشتري هنا الانتفاع في أكثر الأشياء وإنما منع من دعواه إلى بيع الجميع ، فقد ناسب أن يقال هنا بالجواز دون المعين الذي يتأخر قبضه ، فإنه إنما يدخل في قبض المشتري بعد ذلك الأجل المشترط وهو غرر ؛ إذ لا يدري هل يبقى إلى ذلك الأجل أم لا .

ولهذا الذي أشرنا إليه قال أشهب : ضمان هذا المبيع في هذه المسألة من المشتري دون الغائب كالمواضعة .

وهكذا قال التونسي في كلامه على « المَوَازِيَّة » .

التونسي والمازري وابن زرقون : وإذا وجب الضمان على المشتري فيجب عليه أن ينقد الثمن للبائع .

واعترض الباجي^(١) قول أشهب بأن ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه ، فقال : هذا عندي لا يمنع ما ذكر ؛ لأن ذلك لا يمنع من بيع نصيبه إن شاء أن يفرد به بالبيع أو يدعو الراهن إلى البيع معه ، فإن باعه بغير جنس الدين كان الثمن رهنا ، وإن كان بجنسه قضى منه الدين إن لم يأت برهن بدلاً منه .

ابن عبد السلام : وظاهر كلام أشهب أنه لا يحتاج إلى إذن الشريك في البيع ، وإن كان مما تمكن قسمته ، وهذا معنى كلامه ، والصواب عندي ما قاله الباجي .

وَإِذَا كَانَ الْبَاقِي لِلرَّاهِنِ فَيُقْبَضُ الْجَمِيعُ ، وَقِيلَ : إِلَّا فِي الْعَقَارِ فَكَالْأَجْنَبِيِّ

أي : وإن رهن نصف ثوب أو دار ونحو ذلك وكان النصف الآخر للراهن ؛ لم يصح حوز ذلك إلا أن يحوز المرتهن جميع ذلك ، سواء كان عقاراً أو غيره على المشهور ، والقول بأنه يكفي في العقار حوز البعض في « المَوَازِيَّة » .

ابن عبد السلام : والقولان منسوبان « للمدونة » ، وليس فيها عندي بيان لهما ،

والظاهر لا فرق بين العقار وغيره ، والمذهب في الهبة أن الموهوب له يحل في الجزء الموهوب محل الواهب ، سواء كان الباقي للواهب أو لغيره ، وبذلك استدلل للقول بأنه حيازة ، وفرق للأول بأن الحيازة في الرهن أشد منها في الهبة ؛ لما تقدمت الإشارة إليه من قوة ملك الراهن دون الواهب .

ابن راشد : ألا ترى أن الهبة إذا رجعت إلى يد الواهب بعد طول المدة لم تبطل بخلاف الرهن .

تنبيهات :

الأول : قوله : (وَالْبَاقِي لِلرَّاهِنِ) ظاهره أن جميع الباقي للراهن ، وليس ذلك بشرط في المسألة ، بل وكذلك إذا كان له حصة أخرى لم يرهنها ، والله أعلم .

الثاني : خصص المصنف الخلاف بما إذا كان جميعه للراهن بالعقار ، وهي طريقة أكثر الشيوخ ، ولم يحكوا في غير العقار خلافاً أنه لا بد من حوز الجميع ، وحكى اللخمي الخلاف في غير العقار أيضاً .

وعَلَى الْمَشْهُورِ لَا يُمَكِّنُ مَنْ قَبَضَ فِي اسْتِجَارِ جُزْءٍ غَيْرِهِ ، وَيَقْسِمُ أَوْ يَقْبِضُهُ الْمُرْتَهَنُ يعني : وعلى المشهور وهو قول ابن القاسم أنه لا يشترط في غير العقار أن يحوز المرتهن الجميع ، بل يكفي أن يحل محل الراهن ، فلا يمكن الراهن إذا استأجر نصيب شريكه من قبض أجرة ذلك النصيب لأجل أنه تحول يده فيما اكتراه وفيما رهنه ، فيبطل حق المرتهن ، فإذا استأجره صحت الإجارة وقسم بينهما أو يقبض له المرتهن ، وفهم من كلامه صحة الإجارة ، ونص في « المدونة »^(١) وغيرها على أنه لا يمنع من الإجارة ابتداء ، وقال : على المشهور ؛ لأنه على قول أشهب لا يتأتى هذا .

تنبيهات :

الأول : يفهم من كلام المصنف أنه لا يمكن في العقار من قبض في استئجار جزء غيره على قول ابن القاسم وأشهب .

ولعل المصنف لما رأى أن نصه على غير العقار يستلزم معرفته في العقار بخلاف العكس ؛ فإنه لا يفهم من ذلك إلا بتأمل اقتصر على بيان الحكم في غير العقار .

الثاني : لا فرق بين قسمة الرقاب والمنافع في تصحيح الرهن ، قاله اللخمي .

وَلَوْ كَانَ الشَّرِيكَ أَمِينَهُمَا ثُمَّ رَهَنَ حِصَّتَهُ وَجَعَلَا الْأَوَّلَ أَمِينَهُمَا بَطَلَ حَوْزُ الْحِصَّتَيْنِ ..

يعني : إذا كانت دار أو غيرها شركة بين اثنين ، فرهن أحدهما حصة من شخص وجعل الراهن والمرتهن الشريك أمينهما ، ثم رهن أيضاً الأمين حصته لمرتهن الحصة الأولى وجعل الراهن الأول أمينهما ؛ بطل حوز الحصتين ، لأن الرهن صار بين الراهن الأول والثاني .

وما ذكره المصنف ذكر ابن المواز أنه سمعه من أصحاب مالك .

محمد : ولو جعلنا نصيب الثاني على يد أجنبي أو يد المرتهن بطلت حصة الثاني فقط ، يريد لأنه حائز لنصيب الراهن الأول ، فيبقى ذلك في يده وهو مشاع ، فيبطل ما ارتهنه .

التونسي والمازري وغيرهما : وهذا إنما ينبنى على أحد القولين فيمن رهن نصف داره من رجل وبقي الراهن يحوز مع المرتهن ؛ أن ذلك يمنع من صحة حوز الرهن ، وأما على القول بصحة هذا الحوز ؛ فلا يبطل رهن الباقي ، وإن كانت يد الراهن باقية على نصيب شريكه ، وهو تخريج ظاهر ؛ لأن قصارى أمره أن يكون بمنزلة ما لو كان الجميع له ، ولا إشكال في صحة الرهن الأول ، لأنه لا نظر له في شيء من الدار .

وَالْحَوْزُ الْمُتَقَدِّمُ لِغَيْرِ الرَّهْنِ كَالْمُتَأَخِّرِ لَا يَكُونُ حَوْزاً عَلَى الْأَصَحِّ

قد تقدم أنه يصح رهن المساقى والمستأجر ، وتكلم المصنف هنا على حوز ذلك ، والأصح لابن القاسم ؛ ففي « المجموعة » : مذهب ابن القاسم أنه يجوز للرجل أن يرهن ما هو بيده بإجارة أو مساقاة ويكون ذلك حوزاً للمرتهن ، مثل الذي يخدم العبد ثم يتصدق به على آخر بعد ذلك ، فيكون حوز المخدم حوزاً للمتصدق عليه .

ومقابلته للمالك في « الموازية » : أن من اكترى عبداً أو داراً سنة أو أخذ حائطاً مساقاة ثم ارتهن شيئاً من ذلك قبل فراغ أجله ، فلا يكون حوزاً للرهن ؛ لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر ، قيل له : ما الفرق بين هذا وفضلة الرهن وقد تقدم فيه حوز الأول ؟ قال : هذا محوز عن صاحبه والأول هو باسم صاحبه في المساقاة والكراء .

ابن المواز : هذا محوز له والرهن محوز عنه ، فهما وجهان .

ابن عبد السلام : وهو فرق جلي يظهر صوابه إثر تصوره ، وإن كان ابن يونس لم يرضه ، وقال : إنهما سواء .

ولابن الماجشون نحو ما في « المَوَازِيَّة » ، وتصحيح المصنف موافق لاختيار ابن يونس .

وَيَجُوزُ أَنْ يُوكَلَ مَكَاتِبَ الرَّاهِنِ فِي قَبْضِهِ ، بِخِلَافِ عَبْدِهِ وَمُسْتَوْلَدَتِهِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ
يعني : ويجوز للمرتهن أن يوكل مكاتب الراهن في قبض الرهن ، لأنه قد أحرز نفسه وماله ، بخلاف العبد والمستولدة ، فإن للسيد انتزاع مالهما ، فما تحت أيديهما بمنزلة ما هو تحت يده ، وكذلك له النظر التام في مال ولده الصغير ، وفي معناه الكبير السفیه [: ولده الكبير الذي تحت نظره ، الباجي (١) :] (٢) ، ولا خلاف في ذلك .

واختلف في الابن المالك لأمره البائن عن أبيه ، فقال ابن القاسم : لا ينبغي ذلك ويفسخ .

وقال سحنون : ذلك جائز ، وقاله ابن الماجشون في البنت والابن ، وأما وضعه بيد زوجة الراهن ؛ فقال ابن القاسم في « المجموعة » وغيرها : لا يجوز ذلك ، وقال أصبغ : إن حيز ذلك عن راهنه حتى لا يلي عليه ولا يقضى فيه جاز .

وأما وضعه على يد أخي الراهن ؛ فقال ابن القاسم في « المَوَازِيَّة » و « العتبية » (٣) : لا ينبغي ذلك ، وضعفه ، وقال في « المجموعة » : ذلك رهن تام ، وهو أصح ، انتهى .
عبد الملك : ولو كان لیتیم وليان فأخذ الیتیم ديناً ورهن به رهنأ ووضع على يد أحدهما لم يتم بذلك الحوز ؛ لأن الولاية لهما ولا يجوز الرد على نفسه .

المازري : وأما حوز القيم بأمور الراهن المتصرف في ماله وشؤونه ؛ فقد وقع في الرواية أنه إن حاز جميع الرهن كدارٍ رهن الراهن جميعها فحازها القائم بشؤون الراهن للمرتهن بإذنه ؛ فذلك حوز لا يبطل الرهن ، وإن كان إنما رهن الراهن نصفها وأبقى النصف الآخر على ملكه وتصرفه ، فإن قبض القائم بشؤون الراهن لا يصح ؛ لكون الجزء الآخر الذي لم يرتهن بحوز هذا القائم بنيابة عن الراهن ، وهو غير مميز من الجزء المرتهن ؛ فكان يد المرتهن على جميع الرهن ، انتهى .

(١) سقط من ط .

(٢) « المنتقى » (٧/٢٦٥) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/٢٣) .

وقاله ابن الماجشون ، وزاد إلا أن يكون عبداً فلا يجوز بيعه ، يعني : وإن رهن الجميع ، لأن حوز العبد حوز لسيدته ، كان مأذوناً له أو لا .

وإذا طلب أحدهما أن يكون عند عدل فهو له

أي : إذا وقع الشرط على أن يكون بيد المرتهن أو عدل عمل عليه ، وإلا فنص ابن القاسم في « العتبية »^(١) على ما ذكره المصنف : أن القول قول من دعا إلى وضعه بيد العدل ، أما الراهن فلأنه قد يكره حيازة المرتهن خوف أن يدعي ضياعه ، وأما المرتهن فليدفع عن نفسه حفظه ، والضمان على تقدير هلاكه إن كان مما يغاب عليه ، ونص اللخمي على أنه إذا كانت العادة تسليم الرهن للمرتهن ؛ أنه يقضى له بذلك كالشرط .

فإن أسلمه دون إذنهما ضمن

أي : فإن أسلم العدل الرهن دون إذن الراهن والمرتهن ضمن ، ولم يبين المصنف ما الذي يضمن ، وكذلك لم يبين هل الرهن مما يغاب عليه أم لا .

وفي « المدونة »^(٢) : وإن تعدى العدل في رهن على يده فدفعه إلى الراهن أو المرتهن فضاع وهو مما يغاب عليه ؛ فإن دفعه إلى الراهن ضمنه للمرتهن .

ابن يونس وغيره : يريد أنه يضمن له الأقل من قيمته أو من الدين ، لأنه إن كانت قيمته أقل فهو الذي أتلغه عليه ، وإن كان الدين أقل لم تكن له المطالبة بغيره .

قال في « المدونة »^(٣) : وإن دفعه للمرتهن ضمنه الراهن ، فإن كان الرهن كفاف الدين ؛ سقط دين المرتهن لهلاكه بيده ، وإن كان فيه فضل ضمن العدل فضله للراهن .

ابن يونس : يريد ويرجع به على الراهن .

اللخمي وابن عبد السلام : وهذا إذا كان بعد الأجل أو قبله ولم يعلم بذلك حتى حل الأجل ، فأما إن علم بذلك قبل الأجل ؛ كان للراهن أن يغرم القيمة أيهما شاء ؛ لأنهما متعديان عليه ، هذا في دفعه ، وهذا في أخذه ، وتوقف القيمة على يد عدل غير الأول خيفة أن يتعدى عليه ثانية ، وللراهن أن يأتي برهن مكان الأول ويأخذ القيمة .

(١) « البيان والتحصيل » (٢٣/١١) .

(٢) « المدونة » (١٣٩/٤) .

(٣) « المدونة » (١٣٩/٤) .

أبو الحسن : وانظر قوله في « المدونة » : وهو مما يغاب عليه ؛ مفهومه أن ما لا يغاب عليه ليس كذلك ، وهذا إنما يضمنه بالعداء ، وما يضمن بالعداء لا يفصل فيه بين ما يغاب عليه أو لا ، ولعله إنما ذكر ما يغاب عليه لأجل المرتهن الذي يضمن القيمة ، ولكن قوله : (مَا يُغَابُ عَلَيْهِ) إنما هو في السؤال فلا يعمل بمفهومه ، ولا فرق بين ما يغاب عليه ، وما لا يغاب عليه ؛ لأن العدل والمرتهن متعديان ، وهو الذي يظهر من كلام اللخمي المتقدم ، انتهى .

ومن أحب الزيادة على هذا أو الاطلاع على مسألة محمد والكلام عليها فلي نظر ابن يونس .

فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي عَدْلَيْنِ ؛ فَقِيلَ : يَنْظُرُ الْحَاكِمُ فِي ذَلِكَ ، وَقِيلَ : عَدْلُ الرَّاهِنِ

يعني : فإن أحب الراهن عدلاً وأحب المرتهن غيره ، فقال محمد بن عبد الحكم : ينظر الحاكم في ذلك .

والقول بأن ذلك للراهن للخمي : قال : وهو أنظر لنفسه في حفظه ومن يثق به .

ابن عبد السلام : ويظهر الأول فيما إذا ادعى كل واحد منهما العدالة في شخص ونازعه الآخر ، ويظهر الثاني فيما إذا اتفقا على عدالته ، لكن المسألة مفروضة عند الشيوخ فيما هو أعم من كل واحدة من الصورتين .

قال في « المدونة » ^(١) : وإن مات العدل وبيده رهن فليس له أن يوصي عند موته بوضعه عند غيره ، والأمر في ذلك للمتراهنين .

وَيُشْتَرَطُ دَوَامُ الْقَبْضِ

أي : يشترط دوام القبض في الاختصاص بالرهن ، والمراد بدوام القبض أن يكون الرهن بيد المرتهن أو بيد العدل لا بيد الراهن وقت الحاجة إليه ، خلافاً للحنفية في قولهم : إن رجوعه إلى يد الراهن بالعارية أو بالإيداع لا يبطل بخلاف الإجارة .

واستدل أهل المذهب بقوله تعالى : ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وقالوا : هذه الصفة مطلوبة في الرهن لقصد التوثق ، والمطلوب من التوثق أن يكون الرهن محوزاً عن الراهن .

فَلَوْ عَادَ اخْتِيَاراً فَلِلْمُرْتَهَنِ طَلْبُهُ قَبْلَ فَوْتِهِ بَعْتَقٍ أَوْ تَحْيِيسٍ أَوْ قِيَامِ الْغَرْمَاءِ

يعني : فلو عاد الرهن إلى الراهن اختياراً من المرتهن أو بوديعة أو إجارة ؛ فللمرتهن طلب الرهن ، قاله ابن القاسم وأشهب .

الللخمي : وإنما يرجع في الإجارة إذا انقضت مدتها ، وإن قام قبل ذلك وقال : جهلت أن ذلك نقض لرهنني وأشبه ما قال ؛ حلف ورده ما لم يقيم الغرماء .

فإن قلت : كيف تتصور الإجارة والغلة إنما هي للراهن ، وكيف يتصور أن يستأجر من نفسه ؟

قيل : يحمل ذلك على ما إذا كان المرتهن اكتراه ثم أكراه للرهن .

وقوله : (إِلَّا أَنْ يَفُوتَ بَعْتَقٍ... إلخ) أي : له الطلب إلا في وجهين :

الأول : أن يقوم الغرماء ، والثاني : أن يفوت بتحيس أو عتق .

ابن القاسم وأشهب : أو بتدبير ونحوه ، وفي الفوت بالتدبير نظر ، لأنه لا يمنع ابتداء الرهن فكيف يمنع استصحابه ، إلا أن يكون معنى قولهما : إنه لا يمكن المرتهن من بيع المدبر الآن ، ولكن يرد إليه ليحوزه على نحو ما يحوز المدبر في الارتهان ، فقد أشار بعضهم إلى هذا .

وقال : (اخْتِيَاراً) لأنه لو عاد بغير الاختيار فله القيام مطلقاً ، سواء قام الغرماء أو لم يقوموا ، فوته بما ذكر أو لا .

وَالْعَارِيَةُ الْمُؤَجَّلَةُ كَذَلِكَ ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الرَّدِّ فَلَهُ ذَلِكَ

أي : إذا أعاره على الرد ؛ سواء أجله بموت أم لا كذلك له الطلب ، ولو قال : والعارية على الرد لأجاد ؛ لأن قوله : (الْمُؤَجَّلَةُ) إنما يتبادر الذهن منه إلى غير المؤجلة بمدة معينة .

ووقع في بعض النسخ : (وَالْعَارِيَةُ الْمُؤَجَّلَةُ أَوْ عَلَى الرَّدِّ كَذَلِكَ) وهي أحسن من الأولى لأخذ المسألة ؛ لكن فيها أيضاً نظر من وجه آخر ، وهو أن قوله : (الْمُؤَجَّلَةُ) مستغنى عنه ؛ لأن قوله : (عَلَى الرَّدِّ) يشمل الصورتين كما ذكرنا .

وقوله : (كَذَلِكَ) أي : لا يبطل الرهن فله ذلك ، أي : الطلب ما لم يفت أو تقيم الغرماء ، ولو اقتصر على قوله (كَذَلِكَ) لكفى .

وَفِي سَقُوطِ طَلَبِهِ بِالْعَارِيَةِ مُطْلَقاً قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

هذا كله مع عود الرهن بالاختيار .

وحاصله : أن ابن القاسم جعل له الطلب في الإجارة والوديعة والعارية على الرد وأبطل الرهن إذا أعاره إعارة مطلقة من غير تقييد برده ، وسوى أشهب بين الجميع .

للخمي وغيره : وقوله أبين ، وقال : فإن كانت العارية إلى أجل ارتجعها إذا انقضى ذلك الأجل ، ويختلف إذا لم يكن ضرب أجلاً ؛ لأن العارية لا أمد لها ، وقد قيل في هذا الأصل : إنها تبقى إلى مدة يرى أن يعير إلى مثلها .

خليل : وقد قيل لا يلزم هنا التأخير إلى مدة يمكن الانتفاع بها ، ويفرق بين العارية وغيرها بأن يقال : الرهن بيد الراهن يضعف حيازة المرتهن ، والله أعلم .

ولا فرق على القولين بين أن يكون المستعير هو الراهن أو غيره ، فقد حكى المازري القولين إذا أعاره لرجل أجنبي .

وذكر عن ابن حارث ثالثاً بالتفصيل إن كان الراهن هو الراغب للمرتهن في أن يمكن المستعير من الرهن فمكنه ، فإن ذلك كتمكين الراهن من الرهن ، وإن كان الراغب فيه هو المرتهن ؛ فإن ذلك لا يبطل الحوز ، قال : ويرد هذا التفصيل في الإجارة .

ونسب اللخمي القول الذي نسب المصنف لابن القاسم للملك ، وأشار إلى أنه يمكن حمله على أنه استردها قبل أن تمضي مدة تعار إلى مثلها لا على أنه سقط طلبها بالكلية .

ابن راشد : وإذا فرعنا على قول ابن القاسم بالبطان ، فلو رده الراهن باختياره ، فهل يكون رهنًا على حاله الأول أم لا ؟ قولان لابن القاسم وغيره حكاهما في « المتبعية » وبناهما على الخلاف في افتقار الرهن إلى التصريح به أم لا ؟

وَلَوْ أْذِنَ لِلرَّاهِنِ فِي وَطْءِ بَطْلِ الرَّهْنِ ، وَكَذَلِكَ فِي إِسْكَانٍ أَوْ إِجَارَةٍ

مقتضاه : أن مجرد الإذن كافٍ في البطان وهو نص « المدونة »^(١) في حريم البئر ،

ففيها : لو أذن المرتهن للراهن أن يسكن أو يكرى ؛ فقد خرجت الدار من الرهن وإن لم يسكن ولم يكر ، وقال أشهب : بل حتى يكرها .

وظاهر كلام غير واحد أن قول أشهب خلاف ، وصرح بذلك المازري .

وقال ابن حارث : معنى قول ابن القاسم أن الرهن كان على يد أمين .

ومعنى قول أشهب : أن الرهن كان على يد المرتهن ، وهكذا نقل ابن راشد قول ابن حارث .

وذكره المازري على أنه قول ثالث في المسألة ، فقال : فقد رأى ابن القاسم أن مجرد الإذن كالترجيح بإسقاط حق المرتهن ، وكما أن عقد الرهن يلزم بالقول فكذلك يسقط وهو الأشبه بأصل المذهب ، واستصحب أشهب الخوز .

تنبيه :

وقع في « المدونة »^(١) في الرهن فيمن ارتهن رهناً فقبضه ثم أودعه للراهن أو أجاره أو أعاره إياه أو رده إليه بأي وجه كان حتى يكون الراهن هو الحائز له ؛ فقد خرج من الرهن ، وجعله ابن عبد السلام مخالفاً لما في كتاب حريم البئر ، وكذلك قال أبو الحسن .

وظاهر هذا : أن مجرد الإذن لا يبطل ، وفيه نظر ؛ لأنه لا منافاة بين البابين ، لأنه نص في باب الرهن على وجه متفق عليه ، وبين ما في حريم البئر أن الرهن يبطل بمجرد الإذن ، وقد حمل ابن يونس وغيره ما في حريم البئر على أنه تقييد لما في الرهن ، ولم ينقل المازري عن ابن القاسم إلا ما في حريم البئر ، والله أعلم .

ولَكنْ يَتَوَلَّاهُ الْمُرْتَهَنُ بِإِذْنِهِ

ضمير (يَتَوَلَّاهُ) عائد على ما فهم من إجارة وإسكان ، يعني : ولكن إن أراد الجمع بين صحة الإجارة وتام الرهن فليتول المرتهن الكراء بإذن الراهن له في ذلك .

وظاهر كلامه : أنه لو لم يأذن له لم يكن له ذلك ، وهو قول ابن القاسم وأشهب ، زاد أشهب : إلا إذا اشترط أن كراءه رهن مع رقبته ؛ فله أن يكرهه حينئذ بغير إذنه .

وقال ابن عبد الحكم : للمرتهن أن يكره الرهن دون إذن الراهن .

ونقل بعضهم عن ابن الماجشون : أن المرتهن إذا ترك كراء الدار ولكرائها خطب وقدر ؛ أنه ضامن يوم ارتهاناها ، لأنه تعمد إبطالها ما لم يكن الراهن عالماً بذلك ، فحينئذ لا يكون على المرتهن ضمان ، لأن رد بيته وسكوته رضا ، وحكى بعضهم عنه أنه يستحب

لمرتهن الدار أن يكرى الدار بمؤامرة ربها إن كان حاضراً ، وإن ترك ذلك جاز ومضى إذا اجتهد ، ولا منافاة بينه وبين ما حكى الأول فتأمله .

وَيَدُ الْمُرْتَهَنِ بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ الْفَلْسِ لَا يَثْبُتُ بِهَا الْحَوْزُ وَإِنْ اتَّفَقَا ، إِلَّا بَيِّنَةٌ بِمُعَايِنَتِهِ أَنَّهُ حَازَهُ قَبْلُ

يعني : إذا وجد بيد من له دين على شخص سلعة للمدين بعد موته أو فلسه وادعى أنها رهن عنده ؛ لم يصدق في ذلك ولو وافقه المرتهن ؛ خشية أن يتقارر الإسقاط حق الغرماء .

عبد الملك : وفي « المَوَازِيَّة » و « المجموعة » : ولا ينفعه ذلك حتى يعلم أنه حازها قبل الموت والفلس .

محمد : صوابه لا ينفعه إلا بمعاينة الحوز ، وهو الذي ذكر اللخمي أنه لا بد من معاينة البينة لقبض المرتهن .

وذكر ابن يونس أول كتاب الرهن قولين ؛ أعني : هل يكفي معاينة الحوز أو التحويز؟

واختار الباجي^(١) الحوز ، قال : ولعله قول محمد ، ولكن ظاهر لفظه خلافه .

وذكر ابن عبد السلام عن بعض الأندلسيين : أن الذي جرى عليه العمل عندهم أنه إذا وجد الرهن بيد المرتهن وقد حازه كان رهناً ، وإن لم يحضر الحيازة .

وفي « المقدمات »^(٢) : ولو وجد الرهن بيد المرتهن فادعى أنه قبضه قبل التفليس وجحد ذلك الغرماء ؛ جرى الأمر فيه على الاختلاف في الصدقة توجد بيد المتصدق عليه بعد موت المتصدق فيدعي قبضها في صحته .

وفي « المدونة » دليل على القولين جميعاً ، ولو لم يتعلق بذلك حق الغرماء لوجب أن يصدق المرتهن ، ويقبل إقراره أنه قد حاز الرهن فيكون إقراره له كشاهد على حقه إلى مبلغ قيمته .

ابن عبد السلام : ولو شهد شاهدان بالحيازة وآخران بعمدها عمل بشهادة الحيازة لزيادتها .

(١) « المنتقى » (٢٥٨/٧) .

(٢) « المقدمات » (٣٦٧/٢) .

وقول المصنف : (بِمُعَايَنَتِهِ أَنَّهُ حَازَهُ) يحتمل كلا من القولين ، لكن المفهوم من المعاينة أنه لابد من الشهادة على الحوز .

وَكَذَلِكَ يَدُ الْأَمِينِ

يعني : فلا يقبل قوله أنه حازه إلا بالبينه ، وهكذا نقل الباجي^(١) عن ابن الماجشون ، واقتصر عليه اللخمي ولم يعزه ، وبه قال ابن عتاب ، قال : شهادة الأمين في ذلك ضعيفة ، وقال سحنون : تقبل العدل الموضوع على يده الرهن في الدين .

وَلَوْ بَاعَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ نَفَذَ وَأَتَى بِرَهْنٍ مَكَانَهُ

يعني : فلو باع الراهن الرهن قبل أن يقبضه المرتهن نفذ البيع وإن كان لا يجوز له ذلك ابتداء ، ولزم الراهن أن يأتي برهن مكان المبيع يوضع إلى أجله .

وهذه إحدى روايتي « الموازية » ، ونقله محمد عن ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم .

والرواية الثانية : أنه لا يلزمه الإتيان برهن ، ونقله أيضاً عن ابن القاسم ، ونص ابن عبد السلام على أن هاتين الروايتين فيما إذا لم يفرط في الطلب ، ونقل عن بعضهم أنه جعل للمرتهن نقض البيع ورد الرهن على ما وقع عليه الشرط أولاً ، فإن فات بيد مشتريه كان الثمن رهناً ، وظاهر « المدونة » كالثانية خلاف ما ذكره المصنف ، ولفظها : وإن بعث من رجل سلعة على أن يرهنيك عبده ميموناً ففارقه قبل قبضه ؛ لم يبطل الرهن ولك أخذه منه ما لم تقم الغرماء فتكون أسوتهم ، وإن باعه قبل أن يقبضه منه مضى البيع ، وليس لك أخذه برهن غيره ؛ لأن تركك إياه حتى باعه كتسليمك إياه .

فظاهر احتجاجه بقوله : « لأن تركك إياه... إلخ » راجع إلى سقوط طلب المرتهن لرهن آخر لا إلى نقض البيع .

وتأول ابن القصار وغيره « المدونة » على أن المرتهن فرط في قبض الرهن وتوانى ، لقوله : « لأن تركك إياه... إلخ » ولو لم يكن من المرتهن تفريط ولا توان لكان له مقال في رد البيع ، فإن فات بيد مشتريه كان الثمن رهناً .

وكذلك تأولها الشيخ أبو محمد على أنه تراخى في القبض ، فإن لم يتراخَ في القبض فبادر الراهن البيع لم يطل الرهن ومضى البيع وكان الثمن رهناً .

وعلى هذا فيتلخص أن البيع يمضى إن كان المرتهن فرط ، وإن لم يفرط فقولان ، ونص عبد الملك في « المجموعة » على إمضاء البيع وإن لم يفرط .

عياض : وأشار بعض شيوخنا إلى أن هذا فيما كان من الرهن شرطاً في أصل العقد فباعه الراهن بعد التراخي ، وأما ما كان بيعه مبادرة لإخراجه من الرهن فينتقض فيه البيع ، فإن فات في يد مشتريه بقي الثمن رهناً .

وأما ما تطوع به من الرهن بعد العقد فحكمه في بيعه قبل قبضه كحكم بيع الهبة قبل قبضها .

ونقله ابن عبد السلام عن غير واحد ، وقيد ابن المواز وغيره ما تقدم من إمضاء بيع الرهن ولا طلب له برهن آخر بما إذا أسلم البائع السلعة ، ولو بقيت بيده لم يلزمه تسليمها فرط أو لا حتى يأتي برهن .

وبَعْدَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَهُ رَدُّهُ فَإِنْ أَجَازَهُ تَعَجَّلَ حَقُّهُ ، وَرَوِيَ أَنَّهُ إِذَا بَاعَ بِمِثْلِ الدِّينِ وَقَدَرَهُ فَأَكْثَرَ مَضَى وَتَعَجَّلَ ، وَإِلَّا فَلَهُ أَنْ يُجِيزَ أَوْ يَرُدَّ

وإن باع الراهن الرهن بعد قبض المرتهن له بغير إذنه ؛ فمذهب « المدونة » : له إجازته ورده ، فإن أجاز تعجل حقه ، (وروي... إلخ) هو لمالك في « الموازية » .

وأول صاحب « البيان »^(١) « المدونة » على وجه تتفق فيه مع « الموازية » ، لأنه قال : معنى « المدونة » أن له رد البيع إذا باعه بأقل من حقه ، أو كان الدين عرضاً أنه لا يلزمه قبض العرض قبل حلوله إلا أن يكون من قرض ، ونحوه للخمى ، ولعل المصنف لهذا لم يصرح بمخالفة الرواية الثانية للأولى ، وإلا فكان يمكنه أن يقول : فإن بيع بأقل من الدين أو بغير جنسه خير المرتهن ، وإلا ففي تخييره قولان لابن القاسم ومالك ليكون أخصر .

وقوله في « المدونة »^(٢) : وإن أجاز تعجل حقه ، قال فيها : شاء الراهن أو أبى ، وهو مقيد بأن يحلف أنه إنما أجاز لذلك ، صرح بذلك في « التلقين » .

(١) « البيان والتحصيل » (١١/ ٣٠) .

(٢) « المدونة » (٤/ ١٣٣) .

وقوله في « الموازية » : بمثل الدين ، أي : في الجنس والصفة والقدر .

ابن راشد : وقوله : وإلا يدخل فيه ثلاث صور ، وهي واضحة ، ونص هذه الرواية عند ابن يونس : وإن باعه بعد الحوز وهو بيد المرتهن أو بيد أمين ؛ فإن باعه بمثل الحق فإنه يجعل للمرتهن حقه ، وإن لم يحل الأجل وينفذ البيع ، ولا حاجة للمرتهن في حقه لأنه مضار إلا أن يباع بأقل من حقه فله أن يرده أو يمضيه ويتعجل الثمن ويطلبه بما بقي .

ابن المواز : وكذلك إن باعه بثمن يخالف حق المرتهن فله نقض البيع .

محمد : وقد كان من رواية ابن القاسم وأشهب : أنه إذا باعه بعد الحوز فلا بيع له ويرد والأولى أحب إلي وعليه أصحابه أنه ينفذ بيعه ويتعجل حقه إن بيع بمثل دينه .

أشهب : وإن استهلك ثمن الرهن قبل أن يدفعه إلى المرتهن ؛ فإن كان عنده وفاء وداه وتم البيع وإلا فللمرتهن رد البيع ، وانظر كيف جعل قوله : (**إِنْ بَاعَ بِمِثْلِ الدِّينِ**) في الرواية ، وإنما هو من قول ابن المواز ، وقيد اللخمي ما ذكره في « الموازية » من أن للمرتهن رد البيع إذا بيع بأقل من الدين بما إذا لم يكن ذلك الوقت وقت نفاذ بيعه ، قال : وإلا فلا رد له ، وإن لم يوف بالدين ، لأن المنع ضرر على الراهن من غير منفعة للمرتهن .

وعن أشهب : إن لم يجز المرتهن بيعه وفي ثمن الرهن وفاء وللراهن مال ؛ فلا يلتفت إليه ويمضي البيع وإلا نقض ، وإن أجاز بيعه بغير إذنه إلى أجله ووقف له الثمن رهناً ، إلا أن يأتي الراهن برهن ثقة يشبه الذي باع .

وقال سحنون : وإن لم يأت برهن يشبه الذي باع عجل له الثمن ، إذ لا فائدة في إيقافه ، ورواه ابن عبد الحكم عن مالك .

فَإِنْ كَانَ يَأْذِنُهُ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ ، وَقَالَ : أَذِنْتُ لِأَتَعَجَّلَ ؛ حَلَفَ وَأَتَى بِرَهْنٍ مَكَانَهُ ، فَإِنْ أَسْلَمَهُ بَطَلَ رَهْنُهُ

يعني : فإن كان بيع الراهن الرهن بإذن المرتهن فإن لم يسلمه للراهن وأبقاه تحت يده ، وقال : إنما أذنت له في البيع لإحياء الرهن ؛ بأن يكون الثمن رهناً أو يأتي برهن ثقة لا ليأخذ الراهن الثمن ؛ حلف المرتهن على ذلك وأتى الراهن برهن ثقة .

قال في « المدونة »^(١) : يشبه الرهن الذي بيع وتكون قيمته كقيمة الرهن الأول فلك أخذ الثمن ، وإلا بقي الثمن رهناً إلى الأجل ولم يعجل للمرتهن حقه ، ولأشهب في « المجموعة » إذا باعه الراهن بإذن المرتهن فلا أرى الثمن له رهناً إلا أن يكون المرتهن اشترط ذلك ، وإن اشترط عند الإذن أن يقبض حقه ؛ فإن ذلك لا يصح وأراه إلى أجله ، لأن اشتراط تعجيل الثمن في البيع سلف جر منفعة ، وأما إن أسلم المرتهن الرهن للراهن فقد بطل الرهن ، لأن دفعه الرهن للراهن دليل على إسقاط المرتهن حقه منه ، وهذا مذهب « المدونة » ، وقيل : لا يبطل ، بل يحلف المرتهن ويوقف الثمن .

وفي « الموازية » : إذا أوصل المرتهن الرهن للراهن حتى باعه فبيعه جائز ، ولا يعجل الحق كما لو باعه قبل الحوز ، وإن قال المرتهن : إنما أوصلت إليك لتعجل لي حقي وأنكر الراهن ، فقال أشهب : يحلف المرتهن والقول قوله ، ولا يضره قيام الغرماء إن كان ذلك بقرب دفعه إليه ، وإن كان ليس بقرب دفعه فقام الغرماء فهم أحق بالثمن .

عباض : وقوله في « المدونة » : وتكون قيمته كالأول ، يدل على أنه إنما يريد مثل الرهن الأول وإن كان زائداً على الدين ؛ لأنه قد رضي الأخذ بذلك وعليه عقد عقده ، ولهذه الزيادة فائدة ، إذ قد تنخفض في الأسواق في الأجل ، وقيل : معناه أن يكون الرهن حيواناً أو ما لا يغاب عليه مما لا ضمان على المرتهن فيه فيأتيه بخلافه فيلزمه .

خليل : وظاهر « المدونة » هو ظاهر من جهة المعنى أنه لا بد من المعنيين ، لأن قوله فيها يشبه الرهن الذي بيع ، أي : في كونه مما لا يغاب عليه .

وقوله : وتكون قيمته كقيمته ، ظاهر في اشتراط مساواة القيمة ، والله أعلم .

فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ أَوْ دَبَّرَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ فَكَالْبَيْعِ قَبْلَهُ ، وَفِيهَا : يَتَعَجَّلُ بَعْدَهُ وَلَا يَلْزَمُ قَبُولُ رَهْنٍ

أي : فإن كان الرهن عبداً فأعتقه الراهن أو كاتبه أو دبره قبل القبض ، ولا يريد أنه يجوز له ذلك ابتداء ، فإن ذلك لا يجوز ، نص عليه في « المدونة »^(٢) وغيرها ، وإنما مراده لو فعل .

(١) « المدونة » (٤/١٣٣) .

(٢) « المدونة » (٤/١٥٨) .

وظاهر قوله : (كَالْبَيْعِ قَبْلَهُ) أنه يمضي ما فعله ويأتي برهن ثقة ، ويحتمل أن يريد بقوله : (فكالبيع) أي : في لزوم فعله وتعجيل الحق ، ويكون قوله بعد هذا : (وَفِيهَا : يَتَعَجَّلُ... إلخ) ، بياناً لذلك ، وهذا الوجه وإن كان بعيداً من لفظه إلا أنه ينبغي أن يعتمد عليه هنا ، لأن النقل لا يصحح الوجه الأول ، وسيظهر لك ذلك .

وقوله : (أَوْ بَعْدَهُ) يحتمل بعد القبض وهو ظاهر لفظه ، ويحتمل بعد ما فعله من عتق أو كتابة أو تدبير ، وهذا الثاني أقرب لما في « المدونة » ؛ لأنه لم يذكر فيها قبضاً ، ففيها : ومن رهن عبداً ثم كاتبه أو عتقه جاز ذلك إن كان ملياً وعجل الدين .

زاد في رواية ابن عتاب : أن يكون في ثمن الكتابة إذا بيعت وفاء الدين فتجوز الكتابة ، ثم قال فيها : وإن دبره بقي رهناً ، لأن للرجل رهن مدبره .

وروى ابن وهب عن مالك : التدبير مثل العتق ، ويعجل له دينه ، وعلى هذا ففي نقل المصنف لمذهب « المدونة » نظر ، لأنه ترك رواية ابن القاسم .

فإن قلت : لعله اختار رواية أشهب كما اختارها سحنون وغيره ، لأن ما رواه ابن القاسم فيه احتمال إبطال التدبير لإعسار السيد بالثمن عند الأجل ، قيل : ولو اختارها لكان ينبغي أن ينبه على رواية ابن القاسم .

فإن قلت : فلم عجل الدين في العتق والكتابة ؟

قيل : لأنهم عدوه بقوله راضياً بتعجيل الدين ، لأن الرجوع في الرهن لا يجوز والرد في الرق لا يجوز ، فلم يبق إلا تعجيل الدين ، وقلنا : النقل لا يصحح الوجه الأول ؛ لأن كلام المصنف يشتمل على ست مسائل ، إذ كل من العتق والكتابة والتدبير صورتان ؛ إحدهما قبل قبض المرتهن ، والثانية بعده .

وإذا حملنا كلامه على ظاهره يلزمه أن يكون الحكم في الستة أنه يمضي فعله ويأتي برهن ثقة ، ولذا ذكر ما في ذلك قبل القبض وبعده ، أما قبل القبض فلم يصرح أحد فيما رأيت بالإتيان برهن ، بل نص أشهب على أنه لا يلزم الإتيان برهن ، وظاهر « المدونة » : أنه يعجل الحق في الكتابة دون التدبير كما تقدم ، إذ لم يفرق فيها بين قبل القبض ولا بعده ، وصرح ابن القاسم بذلك في « العتية »^(١) ، خلافاً لرواية ابن وهب أنه يعجل فيها كما تقدم ، ونقل اللخمي في العتق والكتابة والإيلاد والتدبير قبل الحوز قولين :

(١) « البيان والتحصيل » (١١ / ٨٣) .

أولهما لابن القاسم في « العتبية » : أن يبعه قبل الحوز أو عتقه أو وطأه أو هبته أو صدقته جائزة ، ويؤخذ ما عليه من الدين ويقضي صاحبه ، وإن لم يكن موسراً لم يجز شيء إلا أن يولد أو يبيع .

والثاني : أن ذلك لا يعد رضا ولا يعجل الدين ، قال : ويختلف على القول بأن ذلك ليس برضا في البيع ، هل يعجل الثمن الذي بيع به ، أو يأخذه الراهن ولا شيء للمرتهن فيه ، انتهى .

الللخمي : وقال أشهب في « الموازية » : أما الكتابة والتدبير ؛ فللمرتهن أن يقبض رهنه فيكون محوزاً وهو مكاتب أو مدبر وتكون الكتابة رهناً ولا تكون خدمة المدبر رهناً ، وقد قال محمد : والكتابة مثل الخدمة .

الللخمي : يريد ويأخذ السيد كلما حل نجم ، فإن أدى كان حراً ولا شيء فيه للمرتهن ، وإن عجز كان رهناً .

ويصح كلام المصنف في العتق على ما تقدم عن ابن المواز ؛ لأنه قال : تعدي الراهن في العتق كتعديه في البيع عند مالك قبل القبض أو بعده ، وقد تقدم أن في إحدى الروايتين أنه لا يلزمه أن يأتي برهن آخر .

وأما بعد القبض فقد تقدم ما في « المدونة » ، ولم أر من قال بالإتيان برهن آخر إلا الأبهري ، فإنه قال بذلك في العتق خاصة ، وهكذا قال ابن راشد ، وألزمه اللخمي أن يكون في الإيلاد كذلك ، وقال أشهب مثل ما قدمناه عنه .

ونص قوله في ابن يونس (١) : وقال أشهب : هما - أي الكتابة والتدبير - مثل العتق ؛ إن كان ملياً أخذ منه الحق معجلاً إن كان ذلك بعد الحياة ، وإن لم يكن ملياً بقي ذلك بيد المرتهن بحاله ، فإن أدى الدين نفذ ما صنع الراهن ، وإن لم يؤده بطل صنعه وبيع ذلك ، وإن كان في بعض ثمنه وفاء ؛ بيع في العتق بقدر الدين وعتق الباقي .

أشهب : وأما في الكتابة والتدبير والولادة فيباع ذلك كله ويكون قبض ثمنه لسيده ، إذ لا يكون بعض أم ولد ولا بعض مكاتب ولا مدبر .

ابن يونس (٢) : وقال ابن المواز : وأما في الكتابة والتدبير فيبقى رهناً بحاله ؛ لأن الكتابة مما يباع وإن تم الأجل وفيها وفاء بيعت وإن كان فيها فضل لم يبع منها إلا قدر

(١) الجامع لابن يونس (٨/٣٥٧) .

(٢) الجامع لابن يونس (٨/٣٥٨) .

الدين ، وإن لم يكن فيها وفاء إلا ببيع الرقبة بيعت الرقبة ، وكذلك المدبر إذا حل الأجل بيع كله ولا يجوز بيع شيء منه على أنه مدبر على حاله لا على أن يقاويه فيه ، وأما إذا أولد الراهن الأمة فيجوز بيع بعضها ويبقى باقيها بحساب أم الولد ، وكذلك يباع بعض المدبر على أنه رقيق للمبتاع ويبقى باقيه مدبراً ؛ لجواز تدبير أحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه ، ولا يجوز ذلك في الكتابة .

وَقَالَ أَشْهَبُ : وَلَهُ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِالْمُكَاتَبِ وَالْمُدْبِرِ وَيَسْتَوْفِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : مِنْ ثَمَنِهِ إِنْ عَجَزَ

ظاهره أن أشهب يخيره ، فإن شاء تعجل حقه ، وإن شاء تمسك بالمكاتب والمدبر ويستوفي من كتابته ، يعني : بخلاف خدمة المدبر فإنها لا تكون رهناً كما تقدم .

وحكى ابن يونس عن بعضهم أنه اتفق ابن القاسم وأشهب على أنه إذا كاتب العبد وهو موسر أنه يؤدي الدين وتمم الكتابة ، وهو يناقض ما حكاه المصنف عن أشهب ، لكن قد تقدم عن أشهب من كلام اللخمي مثل ما حكاه المصنف ، وهو قوله : وقال أشهب في «الموازية» : أما الكتابة والتدبير فللمرتهن أن يقبض رهنه فيكون محوزاً وهو مكاتب ومدبر وتكون الكتابة رهناً ، لكن إنما قال أشهب هذا قبل القبض ، وأما بعده فقال : يعجل الحق إن كان ملياً ، وهذا لا يؤخذ من كلام المصنف .

اللخمي : وقال محمد : والكتابة مثل الخدمة ، يريد فيأخذ السيد كلما حل نجم ، فإن أدى كان حرّاً ولا شيء فيه للمرتهن ، وإن عجز كان رهناً ، انتهى .

وهذا الذي حكاه المصنف عن محمد بقوله : وقال محمد : من ثمنه إن عجز ، أي : وقال محمد : يستوفي من ثمنه إن عجز ولا شيء له من نفس الكتابة .

اللخمي : وعلى قول أشهب كلما حل نجم أخذه المرتهن من دينه ؛ إذ لا فائدة في وقفه ، فإن وفى أو عجل الكتابة كان حرّاً وإن كان الدين أكثر من الكتابة ، وإن عجز كان رهناً في الباقي ، انتهى .

وقيد ابن يونس قول محمد بما إذا لم يوف ثمن الكتابة بالدين ، قال عنه ابن يونس .

ابن المواز : وأما في الكتابة والتدبير فيبقى رهناً بحاله ؛ لأن الكتابة مما يباع ، فإن تم الأجل وفيها وفاء بيعت ، وإن كان فيها فضل لم يبع منها إلا بقدر الدين ، وإن لم يكن فيها وفاء إلا ببيع الرقبة بيعت الرقبة ، انتهى .

وإن كان معسراً بقي رهناً ، ومتى أدى ما عليه منه أو من العبد أو من أجنبي نفذ

أي : فإن كان الراهن معسراً ، ودل كلامه هذا على أن كلامه السابق مقيد باليسير ، قال في « المدونة »^(١) : وإن أعتق وهو عديم بقي العبد رهناً ، فإن أفاد ربه قبل الأجل مالا أخذ منه الدين ونفذ العتق .

وقال بعد هذا : وإذا أعتق المديان عبده وأراد الغرماء رده رد العتق وبيع ، إلا أن يقول لهم العبد : خذوا دينكم ، أو يتبرع لهم بذلك أجنبي فإنه ينفذ العتق ، فالضمير في (منه) عائد على الراهن وهو ظاهر ، ولا إشكال في هذا إذا أعطى العبد ذلك على ألا يرجع به على السيد ، وأما إن أذاه ليرجع به عليه ؛ فنقل ابن يونس عن بعضهم أنه قال : ينبغي أن يكون ذلك للعبد ؛ لأن الغرماء لو شأوا أن يصبروا بدنيهم ويجيزوا عتقه كان ذلك لهم ، إلا أن يقال : إن عتقه في العبد لم يكن عتقاً يتم إلا بقضاء الدين ، فصار كأنه أدى الدين ، وهو في ملك سيده ، وفي هذا نظر ؛ لأن السيد لو أعتقه وللعبد على سيده دين ولم يكن استثنى ماله لوجب أن يجوز عتقه وبقي دينه في ذمة سيده ، وليس له أن يرد عتق نفسه لأجل مال على سيده ؛ إذ لو رده لكان للسيد أخذ ماله ولا تكون له فائدة في ذلك ، كما قال : إذا زوج أمته لعبده وقبض صداقها واستهلكه ثم أعتقها قبل البناء ؛ أنه لا خيار لها ، لأن ثبوت الخيار يسقطه ، انتهى باختصار .

ونقل بعض من تكلم على هذا الموضع قولين :

أحدهما : أنه لا يرجع على السيد .

والثاني لابن رشد^(٢) ، قال : والصواب أنه يرجع ؛ لأن الراهن لما تعدى فقد رضي ببقاء الدين في ذمته .

فإذا تعدر بيع بعضه بعد الأجل بيع جميعه ، وما بقي للراهن ملك

يعني : إذا أعتق وهو معسر وبقي العبد رهناً إلى الأجل ؛ فإنه يباع منه عند الأجل بقدر الدين إن وجد من يشترط ذلك وأعتق ما بقي .

قال أشهب : وإن لم يجد بيع كله وقضى الدين وكان لربه ما بقي يصنع به ما شاء ،

(١) « المدونة » (٤/١٥٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/٨٤) .

لأن الحكم لما أوجب بيع جميعه صار ثمنه كله للراهن ، ولو قيل بجعله في جزء حرية ما بعد ، كما قالوا فيمن أعتق تطوعاً أو أهدي أو أخذ أرشاً .

قال أشهب : وإنما يباع بقدر الدين في العتق ، وأما في الولادة والتدبير والكتابة ؛ فيباع كله ويكون فضل ثمنه لسيدته ، إذ لا يكون بعض أم الولد ولا بعض مكاتب ولا بعض مدبر .

وَمُعِيرُ الرَّهْنِ إِذَا أَعْتَقَهُ كَذَلِكَ

يعني : أن من أعار عبداً لمن يرهنه فرهته المستعير ثم أعتقه المعير ؛ فإن كان المعير ملياً نفذ العتق ، وقيل له : عجل الدين لربه إذ أفسدت عليه رهنه .

قال في « المدونة » (١) : إلا أن تكون قيمة العبد أقل من الدين فلا يلزمه إلا قيمته ويرجع المعير على المستعير بما أدى بعد محل الدين لا قبله ، وخالف أشهب في هذا ولم يره كمن أعتق عبده بعد أن رهنه ورآه مثل الذي أعتق عبده بعد أن جنى ، فيحلف المعير ما أعتقه ليؤدي الدين ويبقى رهناً حتى يقضيه حقه من ثمنه إن بيع ، أو يفدى فينفذ فيه العتق ، فإن نكل غرم الأقل من قيمته أو الدين ونفذ عتق العبد ، ورجح محمد الأول بأن الجناية أخرجت العبد من ملك ربه إلا أن يفديه بخلاف المعير ، فإن العبد لم يخرج من ملكه ، وإلى أن المعير لم يكن له أن يطالب المستعير بما أدى إلا بعد أجل الدين ، أشار المصنف بقوله :

وَإِذَا عَجَلَ الْمُعِيرُ لِلْمُرْتَهِنِ رَجَعَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ بَعْدَ الْأَجْلِ

لأن المستعير إنما التزم أداء الدين بعد أجل الدين بعد حلول الأجل ولم يفعل شيئاً يوجب عليه التعجيل .

وَيَمْنَعُ مِنَ الْوَطْءِ ، فَإِنْ فَعَلَ فَحَمَلَتْ فَالْوَلَدُ يُنْسَبُ مُطْلَقاً ، ثُمَّ إِنْ كَانَ غَضَباً فَكَالْعَتَقِ

يعني : ويمنع الراهن من وطء الأمة المهرونة ؛ لأن وطأها لها تصرف في الرهن مبطل للحيازة ، فإن وطئ فحملت فالولد ينسب ؛ أي : الابن له مطلقاً ، أي : سواء كان غضباً أم لا ، كانت تخرج أم لا .

ثم إن كان غصباً فكالعتق ؛ أي : فيلزمه تعجيل الدين أو قيمة الأمة إن كانت أقل إن كان ملياً ، وإن كان معسراً بيعت الجارية بعد الوضع .

ابن يونس : وحلول الأجل ، ولا يباع ولدها لما تقدم أنه حر ينسب .

ابن عبد السلام : ولم يقولوا إذا نقص ثمنها عن الدين أن الراهن يغرم الأقل من قيمة الولد أو بقية الدين مع أن الولد الحادث بعد الرهن داخل في حكم الرهن ، ولو قيل به لما بعد ، وفي مسائل الأمة المستحقة والمعارة وما يلاحظه .

أشهب : وإن وجد من يتتبع منها بقدر الدين ؛ فعلت وأعتقت ما بقي ، وإن لم يوجد استؤني إلى الأجل ، فإن وجد أيضاً ذلك ، وإلا بيعت وقضى الدين ، وكان ما بقي لربها يصنع به ما شاء ، وهذا مأخوذ من قول المصنف فكالعتق .

فائدة : تباع أم الولد هنا ، وفي خمس مسائل :

الأولى : الأمة الجانية إذا وطئها السيد بعد علمه بالجناية وهو عديم ، فإنها تسلم للمجني عليه .

الثانية : الابن يطأ أمة من تركة أبيه وعلى الأب دين يغترق التركة والابن عديم وهو عالم بالدين حالة الوطء .

الثالثة : أمة المفلس إذا وقفت للبيع ووطئها وحملت .

الرابعة : أمة الشريكين يطؤها أحدهما وهو معسر .

الخامسة : إذا وطئ العامل أمة القراض فحملت وكان معسراً .

ويمكن أن تجعل هذه المسألة فائدة من وجه آخر ، بأن يقال : توجد أمة حامل بحر في ست مسائل .

فإن قلت : هل يتصور عكس هذا ؛ بأن يكون العبد قي بطن الحرة ؟

قيل : نعم ، وذلك إذا وطئ العبد جارية له وحملت وأعتقها ولم يعلم السيد بعثقه لها حتى أعتقه ، فإن عتق العبد أمته ماضٍ وتكون حرة والولد الذي في بطنها عبد ؛ لأنه للسيد .

قال في « الجلاب » : فلو أعتقها بعد عتقه لم تعتق حتى تضع حملها ، والله أعلم .

وَأِنْ كَانَتْ مُخْلَاةٌ تَذْهَبُ وَتَجِيءُ ؛ فَقِيلَ : يُتَّقَضُ ، وَقِيلَ : كَالْغَاصِبِ

هذا قسيم قوله : (إِنْ كَانَ غَضَبًا) يعني : وإن لم تكن موطوءة على وجه الغصب بل كانت مخلاة تذهب وتجيء في حوائج المرتهن فوطئها الراهن بغير إذنه ؛ فالمشهور : أنه ينتقض الرهن ، وجعلوا كونها مخلاة كالإذن في الوطاء .

وقيل : كالغصب وهو قول مالك في « المدونة » ، فتباع دون الولد ، يريد : تباع بعد الأجل والوضع ، إلا أن يكون له مال ، وبه قال سحنون واختاره اللخمي ؛ لأن الراهن في كلتا الحالتين ممنوع من الوطاء .

وَيَمْنَعُ الْعَبْدُ مِنْ وَطْءِ أَمَتِهِ الْمَرْهُونِ هُوَ مَعَهَا

يعني : أن السيد إذا رهن عبداً في دين وللعبد أمة أدخلها سيد العبد في الرهن لم يكن للعبد أن يطاء أمة ؛ لأن ذلك يشبه الانتزاع ، لأنه عرض كل واحد من العبد والأمة للبيع وقد يباعان مجتمعين ومنفردين ، وقلنا : يشبه الانتزاع ؛ لأنه ليس انتزاعاً حقيقة ، لأن المشهور إذا فكهما السيد من الرهن فللعبد أن يطاء بالملك السابق ، ولو كان انتزاعاً حقيقة لافتقر إلى تمليك ثان ، كما قاله ابن المواز ، وإذا منع العبد من وطء أمة المرهون هو معها فمن باب أولى أن يمتنع إذا رهنه السيد فقط ، وأما إذا رهنه فقط ؛ فأجاز له في « الموازية » أن يطاء أمة وأم ولده إذ لم يكن المرتهن اشترط أن يكون ماله معه رهناً ، وأما إن اشترط ذلك فلا .

وقال بعضهم : إذا ارتهن عبداً وشرط أن ماله معه رهن معه وللعبد جارية أن للعبد أن يطاءها ، بخلاف ما لو رهنه هو وجاريته .

ابن يونس^(١) : وهو خلاف ما في « المدونة » .

وقول المصنف : (الْمَرْهُونِ) يجوز أن يكون صفة للأمة ، ويكون حينئذ صفة جرت على غير من هي له ، ولذلك أبرز الضمير في قوله : (الْمَرْهُونِ هُوَ مَعَهَا) ويجوز أن يرفع صفة للعبد ولا يحتاج على هذا إلى إبراز الضمير ، والله أعلم .

وَإِذَا زَنَى الْمُرْتَهَنُ بِهَا حَدٌّ وَلَا يَنْفَعُهُ دَعْوَى الْجَهْلِ

لأن المرتهن لا ملك له فيها ، والمرتهن والأجنبي فيها سواء ، ولا يعذر بشبهة الارتهان .

قال في « المدونة »^(١) : لا يلحق بالمرتهن الولد ويكون مع الأم رهناً ، وعليه ما نقصها العبد ، بكرّاً كانت أو ثيباً إذا كرهها ، وكذلك إذا طاعته وهي بكر ؛ يعني : بخلاف الثيب .

وقال أشهب : لا شيء عليه في المطاوعة ، وإن كانت بكرّاً كالخرة .

وفرق لابن القاسم : بأن الوطاء هنا جارٍ على ملك السيد ، وصوبه ابن يونس وغيره أن عليه ما نقصها في الوطاء ، وإن كانت ثيباً ؛ لأنه إذا كان عليه ما نقصها في الإكراه مع كونها لا تعد زانية ، فالطوع الذي تعد فيه زانية أولى .

واحتجوا لذلك بما في كتاب المكاتب أن على الأجنبي ما نقصها على كل حال ، والمرتهن أجنبي ، وقد حكى ابن رشد^(٢) وغيره هذه الأقوال الثلاثة ، ولا خلاف أن عليه في الإكراه ما نقصها .

فرع :

قال في « المدونة »^(٣) : ولو اشترى المرتهن هذه الأمة وولدها لم يعتق عليه الولد ؛ لأنه لم يثبت نسبه منه .

وإن كان بإذنه لم يحدّ ولزمته قيمتها حملت أو لا ، دون قيمة الولد

يعني : فإذا كان وطاء المرتهن للجارية بإذن الراهن لم يحد ، وكان القياس أن يحد إلا أنهم راعوا خلاف عطاء بن أبي رباح ، فإنه كان يجيز التحليل ابتداء .
وقوله : (ولزمته قيمتها) إنما لزمته لتتم له الشبهة ، والله أعلم .

ويختص المرتهن عن الغرماء

هذه هي فائدة الرهن ، ولو لم يختص المرتهن بالرهن لكان وجود الرهن كعدمه ، والاختصاص مقيد بما إذا لم يكن هناك أحق منه ، كما إذا اكرت أرضاً ورهن زرعها ثم انهارت بثرها وأصلحها أجنبي وأحیی الزرع ؛ فإنه أحق من المرتهن كما سيأتي .

(١) « المدونة » (٤/١٦٢) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/٥٧) .

(٣) « المدونة » (٤/١٦٢) .

وَلَا يَسْتَقِلُّ الْمُرْتَهَنُ بِالْبَيْعِ إِلَّا بِإِذْنٍ بَعْدَ الْأَجَلِ

يعني : أن اختصاص المرتهن بالرهن لا يوجب له التصرف فيه ، ولا بيعه بعد أجل الدين إلا أن يأذن له في ذلك بعد أجل الدين .

ابن راشد : ولا خلاف في ذلك ، وإنما لم يكن للمرتهن البيع ؛ لأن الأصل ألا يباع ملك الإنسان إلا بعد سبب يوجب بيعه .

وقوله : (وَلَا يَسْتَقِلُّ) أي : لا ينفرد ، بل يرفع إلى الحكام ليطالب الراهن أو يكلفه البيع ، فإن امتنع باع عليه .

واعترض قول المصنف : (إِلَّا بِإِذْنٍ بَعْدَ الْأَجَلِ) لأنه لو أذن بعد عقد الرهن وقبل الأجل جاز له بذلك البيع كبعد الأجل ، قاله صاحب « البيان »^(١) وابن زرقون ، ولكن نقل المتيطي عن بعض الموثقين منعه ، لأنه هدية المديان .

وَلَا يَضُرُّ اتِّحَادُ الْقَابِضِ وَالْمُقْبِضِ

لما ذكر أنه يجوز أن يبيعه المرتهن بالإذن بعد الأجل ، ذكر هذا كالجواب عن سؤال مقدر؛ كأن قائلًا قال : كيف يصح أن يوكل مع كونه يبقى قابضاً مقبضاً ؟ فأجاب بأن ذلك لا يمنع الصحة ؛ لأنه قابضٌ باعتبارٍ مقبضٌ باعتبارٍ ، فكان ذلك بمنزلة شخصين ، لأن الراهن لما وكله على البيع كان وكيلًا على قبض الثمن ثم يقبضه لنفسه ، فكونه مقبضاً عن الراهن سابق على كونه قابضاً لنفسه ، إلا أن قبضه للراهن حسيٌّ وقبضه لنفسه حكمي بنية خاصة .

ابن عبد السلام : وهل هذه السبقية خاصة بالزمان أو بالعلة ؟ فيه نظر .

وعلى الأول يجب بسقوط الثمن عن المرتهن إذا شهدت البينة بهلاكه إثر قبضه بخلاف الثاني ، ولم أرها لهم .

فَإِنْ أَذِنَ قَبْلَهُ فَبَاعَ رَدُّ مَا لَمْ يَفْتُ ، وَقِيلَ : يَمْضِي ، وَقِيلَ : فِي التَّافِهِ ، وَقِيلَ : إِنَّ عَسْرَ الْوُصُولِ إِلَى الْحَاكِمِ

قوله : (قَبْلَهُ) يريد : قبل عقد الرهن ، وأما بعده وقبل الأجل فهو ماضٍ لبعده الأجل ، وحكاية المصنف الخلاف في الإمضاء يدل على منع الوكالة ابتداء .

(١) « البيان والتحصيل » (١٨ / ١١) .

وقد اختلف في جوازها في عقد الرهن بعد الوقوع على ثلاثة أقوال :

الجواز وهو قول القاضي إسماعيل ، وابن القصار ، وعبد الوهاب^(١) ، والمنع هو قول ابن نافع ، وأشهب وغيرهما .

والكراهة لابن زرقون ، وهو قوله في « المدونة »^(٢) وغيرها ، ولم يصرح بالكراهة في « المدونة » لكن فهم من إمضاء البيع بمجرد العقد ، وكذلك فهم اللخمي .

ورده المازري لجواز أن يكون إنما أمضاه بالعقد مراعاة لخلاف أبي حنيفة ، فإنه يجيز ذلك ، وقد وقع في البيوع ما يمنع ابتداء ، فإذا وقع مضى .

ومشأ الخلاف : هل يقال : إن عدم بيع الرهن إنما هو من حق الراهن ، فإذا أذن في البيع جاز ، أو يقال : الوكالة على البيع إذا كانت للمرتهن تشمل على معنيين متضادين ؛ لأن الراهن يحرص على الاستقصاء في بيع الرهن والمطالبة في الاجتهاد فيه والنداء عليه ، والمرتهن يحرص على ضد ذلك من سرعة بيعه ليأخذ حقه ، فلما اشتملت على متضادين بطلت من أصلها ، ومن كره توسط بين الدليلين .

تفريع:

لا إشكال على الجواز في إمضاء بيعه ، وأما على الكراهة والتحريم ؛ فقال ابن زرقون : أما ما لا بال له أو ما يخشى فساد ؛ فيمضي بيعه بالاتفاق ، وكذلك حكى المازري وابن يونس الاتفاق على الإمضاء فيما لا بال له ، وهو يخالف ما حكاه المصنف ، لأنه عمم الخلاف ؛ لأنه لما ذكر القول الثالث بالتفصيل بين التافه وغيره علم أن غيره من الأقوال مطلقاً ، ولم يجعل ابن يونس الإمضاء فيما يخشى فساد متفقاً عليه ، وتبع المصنف ابن شاس^(٣) ، فإنه حكى الأربعة الأقوال التي ذكرها المصنف ، وتصورها من كلام المصنف بين .

وحكى جماعة فيما له بال ثلاثة أقوال :

الأول : مذهب « المدونة » الإمضاء ، وهو مذهب مالك في « العتبية » ، وبه قال أصبغ .

قال مالك في « العتبية »^(٤) : وسواء فات أو لم يفت ، لأنه بيع بإذن ربه .

(١) « التلقين » (٤١٨/٣) .

(٢) « المدونة » (١٣٨/٤) .

(٣) « الجواهر » (٥٩٦/٢) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١٥/١١) .

الثاني : للمالك أيضا في « العتية »^(١) : أنه يمضي ما لم يفت ، هكذا حكى ابن زرقون هذا القول ، وتأوله صاحب « البيان »^(٢) على أنه يمضي في العروض ويرد في الأصول إلا أن يفوت ، واستبعد ابن زرقون هذا الفهم ، قالا : والمراد بقوله : إلا أن يفوت ، أي : بما يفوت به البيع الفاسد .

الثالث : أنه يرد مطلقاً ، وإن فات عند المشتري لزم المرتهن الأكثر من القيمة أو ما باعه به ، وهو مذهب « الموازية » .

وحكى في « البيان »^(٣) عن أشهب رابعاً : بالإمضاء في العروض والرد في الأصول ، فات أو لم يفت .

قال في « البيان »^(٤) : وكل من قال بالإمضاء فإنما قال بذلك إذا أصاب وجه البيع ، وأما إذا باع بأقل من القيمة فله أخذه من المشتري ، وإن تداولته الأملاك فله أن يأخذه بأي الأثمان شاء كالشفيع .

وهذا الخلاف كله مقيد بالآ يفوض إليه في بيع الرهن ، وأما لو فوض لمضى بيعه اتفاقاً ، قاله المتطي ، وإن جعل الراهن للمرتهن بيع الرهن دون مؤامرة الحاكم ، وأنه أحله في ذلك محل نفسه ومحل الوكيل المفوض ، وأنه ليس له عزله ؛ أن له البيع بذلك ، قاله في « اللوائق المجموعة » عشرة شروط : خمسة تلقى من إقرار الراهن ، وهي : إقراره بالدين ، وبالوكالة ، والتفويض ، وأنه مصدق في الثمن ، وفي الاقتضاء بغير يمين ، وخمسة تثبت بالبينة : ملك الراهن ، واستمرار ملكه إلى حين القبض ، وحوزه من يده بالقبض ، والصلاح ، والسداد في الثمن .

وقال ابن راشد : يختلف هل عليه إثبات ملك الراهن للرهن على قولين .

وقوله : (وَقِيلَ : إِنْ عَسَرَ الْوُصُولُ إِلَى الْحَاكِمِ) هذا لأشهب ، ونصه على ما نقله جماعة ، وأما ببلد لا سلطان فيه أو فيه سلطان يعسر تناوله فبيعه جائز إذا كان بيعه صحيحاً .

(١) « البيان والتحصيل » (١١/١٥) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/١٥) .

(٣) « البيان والتحصيل » (١١/١٧) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١١/١٨) .

أشهب : وإن كان الرهن مما يسرع إليه الفساد مقتاتاً أو تمراً أو قصباً باعه من غير أمر السلطان ؛ لأن حبسها فساد .

وجعله المصنف خلافاً ، والذي يؤخذ من كلام اللخمي والمازري وغيرهما : أنه وفاق ، وأنه إذا أعسر الوصول إلى الحاكم باع بحضرة العدول ، ونص المازري على أن إحضار العدول من باب الأولى ، ونص في « البيان »^(١) على أن قول أشهب تفسير .

نعم نقل عن غيره أنه خلاف ، وعليه يأتي كلام المصنف ونصه : وقال أشهب : إذا كان الرهن مقتاتاً أو تمراً أو قصباً يُجَنَى شيئاً بعد شيء فيخشى عليه الفساد فبيع المرتهن له جائز دون مؤامرة سلطان ولا ملأ ولا جماعة .

وقوله : (عندي) مفسر ، وحمله بعضهم على أنه خلاف مذهب مالك في رواية ابن القاسم عنه في « المدونة » وغيرها .

وَيَسْتَقِلُّ الْأَمِينُ فِيهِ إِذَا أْذِنَ لَهُ قَبْلَ الْأَجَلِ وَبَعْدَهُ

حاصل كلامه : أن الأمين ليس كالمرتهن ، بل له أن يبيع من غير مؤامرة الحاكم قبل الأجل وبعده ، وعلى هذا فالمساواة بينهما حاصلة إذا كان الإذن بعد الأجل ويختلفان إذا كان الإذن قبله ، وهكذا ذكر ابن شاس^(٢) والمازري ، وهذا لبعد التهمة في الأمين .

فإن قلت : مقتضى كلام المازري المساواة ؛ لأنه بعد أن ذكر الجواز في الأمين قال : والخلاف جار في الأمين كما في المرتهن ، وكذلك هو ظاهر كلام اللخمي .

فالجواب : أن كلا منهما محمول على ما إذا وكل المرتهن أن يبيع ما تحت يد الأمين ، وذلك ظاهر من كلامهما .

فرعاً :

الأول : إذا وكل وكيلاً على بيع الرهن ، فهل يكون للراهن عزله أم لا ؟

عندنا قولان ، واقتصر ابن الجلاب^(٣) على أنه لا يعزله إلا بإذن المرتهن .

قال في « البيان »^(٤) : وهو ظاهر المذهب .

(١) « البيان والتحصيل » (١١/١٧) .

(٢) « الجواهر » (٢/٥٩٦) .

(٣) « التفريع » (٢/٢٦٥) .

(٤) « البيان والتحصيل » (١١/١٧) .

وأشار اللخمي إلى أن من يجيز الوكالة ابتداءً يمنعه من العزل ، وفيه نظر ، ألا ترى أن القاضي إسماعيل يجيز الوكالة ، وقد اختلف قوله في جواز العزل ، فحكى الباجي^(١) والمتيطي وصاحب « البيان »^(٢) عنه جواز العزل ، وحكى اللخمي والمازري منعه منه ، والله أعلم .

الثاني : قال في « المدونة »^(٣) : إذا أمر السلطان رجلاً ببيع الرهن ليقضي المرتهن حقه ، فباعه ثم ضاع الثمن من يده ؛ لم يضمه المأمور وصدق في ضياعه ، فإن اتهم حلف ، وكان الثمن من الذي له الدين .

قال بعض القرويين : إنما يكون ضياع الثمن من الذي له الدين على قول ابن القاسم إذا ثبت بيع المأمور للرهن بيته ، وإن لم يثبت بيعه إلا بقوله ؛ فإن الراهن لا يبرأ من الدين ؛ لأن صاحب الدين لم يأتمنه على البيع ، وخالفه غيره وقال : ذلك سواء ، وضمان الرهن من المرتهن .

ابن يونس : وهذا هو الصواب ، وعليه يدل ظاهر الكتاب ، ولأنه جعل السلطان أميناً لهما على بيعه فوجب سقوط ضمانه وقبول قوله ، ولو ضاع الرهن قبل بيعه لكان على قول ابن القاسم من ربه ، وعلى قول ابن الماجشون من الذي له الدين ، وهذا كاختلافهم في مال المفلس الموقوف للغرماء .

مَا لَمْ يَكُنْ فِي الْعَقْدِ شَرْطٌ

لم يثبت هذا في كل النسخ ، وهو راجع إلى قوله : (وَيَسْتَقِلُّ الْأَمِينُ) أي : ويستقل إلا أن يكون ذلك شرطاً في العقد .

ومراده بذلك ما قاله صاحب « الجواهر »^(٤) ، لكن عبارته لا تفيد ذلك ، قال : ولو أذن الراهن للعدل وقت الرهن في البيع عند الأجل جاز ، فلو قال الراهن لمن على يده الرهن من مرتهن أو عدل : إن لم آت إلى أجل كذا فأنت مسلط على بيع الرهن ؛ فلا يبيعه إلا بأمر السلطان ، فإن باعه بغير أمره نفذ ، انتهى .

(١) « المتقى » (٢٧١/٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١٧/١١) .

(٣) « المدونة » (١٣١/٤) .

(٤) « الجواهر » (٥٩٧/٢) .

ونحوه في « المدونة »^(١) ، ونصها : ومن ارتهن رهناً وجعلاه على يد عدل أو على يد المرتهن إلى أجل كذا واشترطاً إن جاء الراهن بحقه إلى ذلك الأجل ، وإلا فلمن على يده الرهن بيعه ، فلا يبيعه إلا بأمر السلطان ، وإن شرط ذلك فإن بيع نفذ بيعه ولم يرد ، وإنما لم يجز البيع هنا للأمين إلا بإذن السلطان ؛ لأنه قيد البيع بأن لم يأت ، ومن الجائز أن يكون أتى أو حاضراً معه في البلد ، فلذلك لا بد من نظر السلطان بخلاف الأولى ، فإنه قد أذن فيها إذناً مطلقاً .

وَإِذَا امْتَنَعَ الرَّاهِنُ بَاعَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ

وإذا رفع المرتهن الأمر إلى الحاكم أمره بالوفاء ، فإن لم يكن عنده شيء ، قال صاحب « البيان »^(٢) : إن ألد أو غاب باع الحاكم عليه الرهن بعد أن يثبت المرتهن عنده الدين والرهن ، قال في « البيان » : واختلف هل عليه أن يثبت ملك الراهن له على قولين يتخرجان على المذهب ، وذلك عندي إذا أشبه أن يكون له ، وأما إن لم يشبه كرهن الرجل حلياً أو ثوباً لا يشبه لباسه ، وكرهن المرأة سلاحاً فلا يبيعه السلطان إلا بعد إثبات الملك ، وإن لم يكن سلطان باعه بحضرة العدول ونفذ البيع ، هذا في العروض ، وأما العقار يبيعه بحضرة العدول بغير أمر السلطان ؛ فله أن يأخذه من يد المشتري ، وأن يبيع بالقيمة ، انتهى .

ونحوه في « المتبعية » ، وظاهر ما تقدم من كلام اللخمي والمازري : أنه إذا لم يكن سلطان وعسر إطلاعه ؛ أن يمضي البيع بحضرة العدول في العقار وغيره ، وهكذا قال ابن راشد : إن اللخمي لم يفرق بين عقار وغيره .

فروعاً :

الأول : قال ابن عبدوس : إذا أمر الإمام ببيع الرهن فاليسير يباع في مجلس وفي الكثير الأيام ، وما كان أكثر منه ففي أكثر من ذلك ، وأما الجارية الفارهة والدار والثوب الرفيع فيبقى ذلك حتى يشتهر ، وربما نؤدي على السلعة الشهرين والثلاثة ، وكل شيء بقدره .

الثاني : إذا أمر الإمام ببيع الرهن فبيع بغير العين ، فقال ابن القاسم في « الموازية »^(٣) :

(١) « المدونة » (٤/١٣٨) .

(٢) « البيان والتحصيل » (١١/١٦) .

(٣) في ط : المدونة .

لا يجوز ذلك ، وقال أشهب : إن باعه بمثل ما عليه وإن لم يكن فيه فضل جاز ، وإن كان فيه فضل لم يجز بيع ذلك الفضل ، والمشتري بالخيار فيما بقي إن شاء رد الشركة ، وإن باعه بغير ما عليه لم يجز .

وَيَرْجِعُ الْمُرْتَهَنُ بِنَفَقَةِ الرَّهْنِ أَذِنَ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ

تصور المسألة ظاهر ، ووجهها : أنها لما كانت الغلة للراهن وجب أن تكون النفقة عليه . المازري : واختلف الأشياخ إذا كان الرهن عبداً وأبق وطلبه من عاداته طلب الإباق ، هل يأخذ الجعل من الراهن وهو الأصل ، أو من المرتهن لأن المنفعة إنما هي عائدة عليه ؟ على قولين ، والأول قول سحنون .

وكذلك اختلف في الجعل على البيع إذا كان الراهن غائباً ؛ فروى أبو زيد وعيسى عن ابن القاسم : أنه على المرتهن لأنه طالب البيع ، وقال أصبغ وعيسى : بل على الراهن ، وخالف ما رواه أشهب ، وليس للراهن أن يمنع المرتهن أن ينفق على الرهن ؛ لأنه يهلك إن كان حيواناً ويخرب إن كان رباعاً .

وقوله : (أَذِنَ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ) يريد لأنه قام عنده بواجب .

واعلم أن النفقة تتعلق بذمة الراهن إذا أذن باتفاق ، واختلف إذا لم يأذن ؛ فقال ابن القاسم : وهو كما لو أذن .

وقال أشهب : إنما تتعلق بعين الرهن قياساً على من أنفق على ضالة فإن الإنفاق يكون في عينها وتباع فيه ، وإن قصر ثمنها عن الإنفاق لم يتبع صاحبها بالزائد .

وفرق ابن القاسم بينهما بأن الرهن لما دفعه صاحبه للمرتهن وقد علم أنه لا بد له من نفقة صار كالإذن .

واختلف في قول ابن القاسم إذا كان الراهن غائباً هل يتبع بالنفقة ولو زادت على ثمن الرهن أو لا ؟ لأن النظر في حق الغائب بيع الرهن ، وكان الراهن إنما أذن في الإنفاق ما لم يجاوز قيمته ، فللأشياخ قولان حكاهما المازري ، وحكى ابن يونس الأول عن بعض القرويين ، وقال : القياس عندي ألا يتبع بالزائد ؛ لأنه لم يأذن في النفقة ، ومن حجته أن يقول : كان ينبغي لك إذا بلغت النفقة مقدار ثمنه أن ترفعه إلى الإمام فيبيعه ولا تخلد في ذمتي ديناً لم آذن لك فيه .

وَلَا يَكُونُ رَهْنًا بِهِ خِلَافًا لِأَشْهَبَ

أي : ولا يكون الرهن رهناً بالنفقة خلافاً لأشهب .

وأطلق المصنف في خلاف أشهب ، وهو مقيد بما إذا لم يأذن ، وقاسها أشهب على الضالة ، فإن الضالة رهن بما أنفق عليه ، وفرق ابن القاسم في « المدونة »^(١) و« المجموعة » بينهما : بأن الضالة لا تباع على صاحبها ، ولا بد من النفقة عليها ، والرهن ليست نفقته على المرتهن ، ولو شاء طالبه بنفقته ، وإن غاب رفع ذلك إلى الإمام .

ابن يونس : بناء على هذا فإن قال له الإمام : أنفق على أن نفقتك فيه ؛ كأن أحق به من الغرماء حتى يستوفي نفقته ودينه .

واختلف الشيوخ إذا قال له الإمام : أنفق على أن نفقتك في الرهن ، ويتبين لك ذلك بذكر لفظ « المدونة » أولاً ، ولفظها : وإذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه أو بغير أمره رجع بما أنفق على الراهن .

ابن القاسم : ولا يكون ما أنفق في الرهن إذا أنفق بأمر ربه ، لأن ذلك سلف إلا أن يقول له : أنفق على أن نفقتك في الرهن ، فإن قال ذلك رأيته في الرهن وله حبسه بما أنفق وبما رهنه به ، إلا أن تقوم الغرماء على الراهن ، ولا يكون المرتهن أحق منهم بفضلة الرهن عن دينه لأجل نفقته - أذن في ذلك أو لم يأذن - إلا أن يقول : أنفق والرهن بما أنفقت رهناً .

قال ابن شبلون : الحكم على ظاهر « المدونة » في تقسيمه على ثلاثة أقسام .

قال غيره : لا فرق بين قوله : أنفق على أن نفقتك في الرهن ، وبين أن يقول : والرهن بما أنفقت رهناً ، ولا يكون للمسألة عند هؤلاء إلا قسمان .

المازري : وحمل هؤلاء « المدونة » على أن فيها تقدماً وتأخيراً ، قال : وظاهر الكتاب التفرقة كما قال ابن شبلون .

وبالتسوية قال ابن يونس ، ونقله عن القرويين ، واحتج ابن يونس بأن المسألة وقعت في « المجموعة » و« الموازية » كذلك ، ولفظها في الكتابين ، قال ابن القاسم : وإذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه أو بغير أمره فهو سلف ، ولا يكون في الرهن إلا أن يشترط

بالنفقة الآن فله حبسها بما أنفق وبدينه ، إلا أن يكون على الراهن دين فلا يكون أولى بما يفضل عن دينه ، إلا أن يشترط أن ذلك في النفقة .

ابن عبد السلام : وليس في هذا دليل عن ابن شبلون ، ولا يبعد تأويله ، وحمله على ما في « المدونة » .

فَإِنْ كَانَ شَجَرًا وَشَبِهُهُ فَأَنْهَارَتِ الْبُتْرُ وَخِيفَ التَّلْفُ فَفِي إِجْبَارِهِ قَوْلَانِ

أي : فإن كان الرهن شجراً وشبهه ؛ أي : زرعاً فانهارت البترة وخيف على الشجر أو الزرع التلف بقلة الماء ؛ ففي إجبار الراهن على إصلاح البترة وعدم إجباره قولان ، والقول بالجبر هو المنصوص لابن القاسم في « المختصر » و « الموازية » [و« العتبية »] (١) [٢] إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال نظر ، فإن كان بيع بعض الأصل خيراً له نظر ما يصلح به البترة ، وإن تطوع المرتهن بالنفقة في إصلاحها ، فإن رأى أن ذلك خير لرب الرهن ، قيل للمرتهن : أنفق وتكون أولى بالنخل حتى تأخذ ما أنفقت ، ولا ينظر إلى قيمة النفقة ولا قيمة ما وضع من حجر وغيره ، ولكن يحسب له ما أنفق كالسلف ، والقول بعدم الجبر تأول على « المدونة » (٣) ؛ لأن فيها : إذا أبى الراهن من إصلاحها فأصلحها المرتهن خوف هلاك النخل والزرع ؛ فلا رجوع له بما أنفق على الراهن ، ولكن يكون له ذلك في الزرع وفي رقاب النخل يبدأ فيه بنفقته ، فما فضل كان في دينه .

فقوله : « أبى من إصلاحها » يقتضي أنه لا يجبر ، وقد يقال : لا نسلم أن هذا يؤخذ منه عدم الجبر ؛ لجواز أن يحمل « المدونة » على ما إذا تعذر الرفع إلى الإمام أو نحو ذلك على أن ابن يونس جمع بين القولين فحمل الأول على أن الرهن في عقد البيع أو القرض ، وما في « المدونة » على أنه تطوع به .

ابن عبد السلام : ولم يعدوا نفقة المرتهن هنا سلفاً جر منفعة ، ولعل ذلك لشدة ما يلحقه من الضرر في تركه بهلاك الرهن إذا ترك النفقة .

وَإِذَا لَمْ يُجْبَرْ فَأَنْفَقَ الْمُرْتَهِنُ فِي الشَّجَرِ وَشَبِهُهُ يَبْدَأُ بِنَفَقَتِهِ وَيَتَّبِعُهُ بِدَيْنِهِ أَوْ بِمَا بَقِيَ

يعني : إذا لم يجبر الراهن على النفقة فأنفق المرتهن ، ولو أسقط قوله : (فَفِي الشَّجَرِ)

(١) سقط في ط .

(٢) « البيان والتحصيل » (٩٩/١١)

(٣) « المدونة » (١٦٣/٤) .

لكان أحسن ؛ لأن ذلك مفهوم مما سبق ؛ لأن قوله : (فَفِي الشَّجَرِ) يفهم أن الزرع ليس كذلك ، وقد قدمنا عن « المدونة » التسوية بينهما .

ومعنى ما قاله أن ما أنفقه يكون في الثمرة ، فإن ساوت الثمرة النفقة أخذها المرتهن ، وإن لم تساو لم يتبع الراهن بفاضل النفقة .

وقوله : (وَيَتَّبَعُهُ بِدَيْنِهِ أَوْ بِمَا بَقِيَ) أي : ويتبع المرتهن الراهن بدينه إن لم تساو الثمرة إلا قدر النفقة أو أقل ، ويتبعه بالباقي من الدين إن زاد ثمن الثمرة على مقدار النفقة بما لم يوف الدين ، أما إن زاد بمقدار الدين ؛ فإنه يأخذ ذلك ولا كلام له .

الضَّمَانُ إِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ ؛ كَالْحَيَوَانِ ، وَالْعَقَارِ ؛ فَمِنَ الرَّاهِنِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ كَذِبُهُ كَدَعْوَاهُ مَوْتَ الدَّابَّةِ بِلَدِّهِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ أَحَدٌ

هذه إحدى المسائل التي فرق أصحابنا فيها بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، وقد تقدمت .

وقوله : (كَالْحَيَوَانِ) أي : على اختلاف أنواعه ، مأكولاً أو غيره ، طائراً أو غيره ، آدمياً أو غيره ، وهذا هو المنصوص .

وأخذ مما رواه أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد وقبضه كله : أنه لا يضمن إلا نفقة ضمان ما لا يغاب عليه .

الللخمي : وأرى أن يضمن كل ما يستخف ذبحه وأكله .

وحكى ابن بزيمة فيه ثلاثة أقوال ، ثالثها : إن كان مما يسرع إليه الأكل كالغنم ضمن ، وإلا فلا .

وقوله : (وَالْعَقَارِ) أي : الأرض وما يتصل بها من بناء وشجر .

وقوله : (مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ... إلخ) ، هو جار مجرى الاستثناء ؛ أي : لا ضمان على المرتهن فيما لا يغاب عليه ، إلا أن يتبين كذبه ، ثم بين ما يتبين به الكذب بقوله : (كَدَعْوَاهُ مَوْتَ الدَّابَّةِ بِلَدِّهِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ أَحَدٌ) وكذلك أيضاً إذا كان في رفقة .

المازري : وإذا كان بموضع عمارة أو جماعة سئلوا ببلد فإن صدقوه تأكد عليه الظن بصدقهم عدولاً أو غيرهم ، وإن كذبوه وكانوا عدولاً غلب على الظن كذبه فلم يصدق ، وإن كانوا غير عدول لم يتقل الحكم عن تصديقهم إلى تكذيبه يقوم ليسوا بعدول لتطرق

التهمة إليهم بأنهم كتموا ما علموه من موت الدابة لما طلبت منهم الشهادة ، ويكتفي في خبر الحضور وتصديقهم بأنهم رأوا دابة ميتة ، وإن لم يعلموا أنها الدابة الرهن ، هكذا وقع في « المجموعة » ، وهذا صحيح إذا كانت هذه الشهادة على صفة يغلب على الظن أن الدابة ليست هي عين الدابة التي بيد المرتهن ، أو يكون الأمر مشكلاً فيستصحب الحكم في أن ما لا يغاب عليه لا يضمن ، انتهى .

وما ذكره من عدم ضمانه إذا كذبه جماعة وكانوا غير عدول ، نص عليه أشهب فيما إذا ادعى إباق العبد بحضرة جماعة وكذبوه .
الباجي^(١) : يريد لأنه لم يثبت كذبه .

وما نقله المازري عن « المجموعة » نحوه في الباجي ، وزاد أنه يحلف أنها هي ، وكلام المازري صحيح في أنه يقبل في تصديقه غير العدول .
وقول ابن عبد السلام : « ظاهر كلامهم ، بل هو نص أنه لا يقبل إلا العدول » ليس بظاهر .

تنبيه :

أحق اللخمي بما لا يغاب عليه ما دخل المرتهن والراهن على بقائه بموضعه ؛ كالثمار في رؤوس النخل ، والزرع القائم ، وما في الجرين والأندر ، وكالسفن على ساحل البحر وألتها إذا دخل على بقائها بالساحل ، وكالأعدال إذا خلّي في قاعة الفندق ، وكالطعام والزيت المخزن في دار الراهن مطبوعاً عليه ومفتاحه بيد المرتهن ، وإن كان مختزناً في دار غيره أو في بيت الفندق لم يضمنه ، فإن علم أنه كان يتكرر له ويفتحه ، وأشبه أن يكون أخذ ذلك في تكرره منه ضمنه ، أما إن كان في حوز المرتهن لم يصدق في ضياعه .

وإن كان ممّا يُغَابُ عَلَيْهِ ؛ كَالْحُلِيِّ وَالْثِيَابِ عِنْدَ مُرْتَهِنٍ فَكَالْأَوَّلِ ، وَبِيَدِهِ يَضْمَنُ

(فَكَالْأَوَّلِ) أي : فالضمان من الراهن ، وبيد المرتهن يضمن ، ودليلنا على هذه التفرقة

في ضمان ما يغاب عليه دون غيره : العمل الذي لا اختلاف فيه ، نقله مالك في «الموطأ»^(٢) ، ولأن الرهن لم يؤخذ لمنفعة ربه فقط فيكون ضمانه من ربه كالوديعة ، ولم

(١) « المتقى » (٢٤٩/٧) .

(٢) « الموطأ » (٧٣٠/٢) .

يكن لمنفعة الآخذ فقط كالقرض فيكون من الآخذ ، بل أخذ شياً منهما فتوسط وجعل ضمان ما لا يغاب عليه من الراهن لعدم تهمة المرتهن ، وضمان ما يغاب عليه من المرتهن لتهمة على ذلك .

فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ ؛ فَفِي نَفْيِ الضَّمَّانِ رَوَاتَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الضَّمَّانَ لِلتُّهْمَةِ ، أَوْ لِدُخُولِهِ عَلَيْهِ ...

أي : فإن أقام المرتهن البيينة على هلاك ما بيده مما يغاب عليه ، فروى ابن القاسم : أنه يسقط عنه الضمان ، وبه قال ابن القاسم وأصيب وعبد الملك ؛ بناء على أن الضمان إنما كان للتهمة وقد زالت بقيام البيينة .

وروى أشهب : أنه لا يسقط عنه الضمان ، وبما قال أشهب قال جماعة ، لأن الضمان على هذا القول ضمان أصالة ، لأن هذا القسم مقابل لما لا يغاب عليه ، وحكم أحد المتقابلين ثابت بالأصالة فيكون مقابله كذلك .

وقال المصنف تبعاً لابن شاس^(١) : (لِدُخُولِهِ عَلَيْهِ) والعلة الأولى أحسن ؛ لأن المرتهن هنا لا يكون عنده علم بحكم المسألة ، أو يذهب فيها إلى قول ابن القاسم ، فلا يقال : إنه دخل على الضمان .

فروع :

الأول : إذا قلنا بعدم الضمان فيما لا يغاب عليه ، فهل تتوجه اليمين على المرتهن أنه لم يفرط متهماً كان أو غيره ، أو لا تتوجه ، أو تتوجه على المتهم دون غيره ؟ ثلاثة أقوال ، وروى صاحب « النكت » : أنها تتوجه هنا ، وفي العارية ، والمبيع بالخيار ، والمستأجر .

وإن قلنا : إن الأمر عند ابن القاسم ألا تتوجه في غير هذا الموضع ؛ لأن المرتهن ونحوه قبض لحق نفسه .

وأجاب عما قاله المتقدمون : أنه لا يمين على عامل القراض يدعي التلف ، إلا أن يكون متهماً مع أنه قبض لمنفعة نفسه بأن منفعة القراض ليست متيقنة ؛ إذ قد لا يربح فيه .
 قيل : ويحلف غير المتهم : ما فرطت ولا ضيعت ، ويزيد المتهم : ولقد ضاع .

الثاني : إذا وجب ضمان ما يغاب عليه ، فقال جماعة من متقدمي الأشياخ ، وهو في « العتبية » ^(١) ، وعليه حمل بعضهم « المدونة » ، وبه أفتى إسحاق بن إبراهيم : يحلف لقد ضاع بلا دلالة دلستها فيه ، ولا يعلم له موضعاً ، ووجه يمينه مع ضمانه : تهمته على الرغبة في عينه .

وقال العتبي : لا يمين عليه ، قال : وكيف يحلف ويضمن ، ونحوه لما لك في هذا الأصل .

قال العتبي : إلا أن يقول الراهن : أخبرني مخبر صدق على كذبه ، وأنه رأى الرهن عنده قائماً ؛ فيحلف على ذلك حيثئذ .

والى هذا ذهب ابن لبابة الأكبر ، واعترضه بعضهم وقال : يمين توجب يميناً ، وأجيب بأن اليمين قد توجب اليمين ، وذلك في كتاب الله عز وجل في اللعان .

الثالث : إذا أتى بالثوب وقد احترق بعضه وادعى أنه احترق لم يصدق ، إلا أن يُعلم سبب ذلك من احتراق منزله أو حانوته .

زاد ابن المواز : ويشترط أن يعلم أن النار من غير سببه ، واختلف هل قول محمد تفسير للمذهب أو خلاف .

الباجي ^(٢) : وإذا ثبت الاحتراق ؛ فإن ثبت أن ذلك الثوب فيما احترق صدق ، أتى ببعضه محروقاً أم لا ، وإن لم يثبت ذلك ؛ فإن أتى ببعضه محروقاً صدق أنه كان في حانوته الذي احترق ، وإن لم يأت بشيء وادعى احتراق جميعه ؛ فظاهر « المدونة » أنه غير مصدق .

وقال الباجي ^(٣) : وعندي أنه إن كان مما جرت العادة برفعه في الحوانيت حتى يكون متعدياً بنقله عنه ، كأهل الحوانيت والتجار الذين تلك عاداتهم لا يكادون ينقلون شيئاً من ذلك من حوانيتهم ؛ فأرى أن يصدق فيما عرف من احتراق حانوته ، وبذلك أفتيت في طرطوشة عند احتراق أسواقها وكثرت الخصومات في ذلك ، وظني أن بعض الطلبة أظهر لي رواية عن ابن أيمن بمثل ذلك .

(١) « البيان والتحصيل » (١١/٨٦) .

(٢) « المنتقى » (٧/٢٥١) .

(٣) « المنتقى » (٧/٢٥٢) .

وذكر المازري أنه نزل عندهم سنة ثمانين وأربعمائة لما فتح الروم رومة والمهدية ونهبوا الأموال وكثرت الخصومات مع المرتهين والصناع وفي البلد مشايخ من أهل العلم متوافرون؛ فأفتى جميعهم بتكليف المرتهن والصانع البيئة أن ما عنده قد أخذه الروم وأفتيت بتصديقهم ، قال : وكان القاضي يعتمد حينئذ فتواي فتوقفت لكثرة من خالفني حتى شهد عنده عدلان أن شيخ الجماعة السيوري أفتى بما أفتيت به ، ثم قدم علينا كتاب « المتقى » للباجي فذكر فيه في الاحتراق مثل ما أفتيت به ، وذكر كلام الباجي المتقدم .

الرابع : ولو سقط الدين إما بهبة الدين أو إعطاء الحق ؛ فالضمان مستصحب إلا أن يمكن المرتهن الراهن من الرهن ويتركه عنده ، فحينئذ هو كالوديعة .

وقد بعدنا عن كلام المؤلف فلنرجع إليه .

وَعَلَيْهِمَا لَوْ شَرَطَ أَلَّا يَضْمَنَ وَلَمْ تَقُمْ الْبَيْتَةُ انْعَكَسَ الْقَوْلَانِ

أي : وعلى قول ابن القاسم وأشهب لو شرط المرتهن ألا يضمن ما يغاب عليه انعكس القولان ؛ يعني : في الصورة الظاهرة ، وإلا فكل من الإمامين باق على أصله ، ومعنى العكس ثبوت الضمان عند ابن القاسم ؛ لأن التهمة المقتضية للضمان حاصلة ، وعند أشهب لا يضمن لأنه لم يدخل عليه .

فإن قلت : ولعل المصنف وابن شاس إنما عللا قول أشهب بالدخول على الضمان لهذا الفرع ؛ إذ لا يتأتى فيه ما عللوا به من الأصالة ؟

قيل : وكل منهما نقض أصله ، أما ابن القاسم فلأن الضمان عنده إنما هو للتهمة ، فمن حق المرتهن أن يقول : لم يطل حقي حكما شرطيا وأنت قد أسقطت حقل الذي هو الضمان .

وأما أشهب فالضمان عنده ضمان أصالة ، فكان ينبغي له ألا يوفى له بشرطه ، لأنه مبطل بحكم شرعي .

وقد اختلف المذهب في البائع بضمن إلى أجل يشترط في عقد البيع أنه مُصدَّق في عدم قبض الثمن هل يُوفى له أم لا ؟ أو يوفى للمتورعين عن الأيمان دون غيرهم ؟ على ثلاثة أقوال ، وعلى أنه يوفى له ، فهل يجوز مثله في الغرر ؟ قال بعضهم : لا ؛ لأنه سلف جر منفعة ، والصحيح الجواز ؛ لأنه شرط ينشأ عن التوثق ، فكان كالرهن والحمل .

المازري : وقول ابن القاسم وأشهب يحسن إذا كان الرهن في عقد بيع أو سلف ؛ لأن الرهن هناك يكون له حصة من الثمن في البيع وهاهنا في السلف ، وأما لو كان هذا الاشتراط في رهن تطوع به الراهن بعد عقد البيع أو السلف من غير شرط ؛ فإنه هاهنا لا يحسن الخلاف ، لأن التطوع هنا بالرهن كالهبة ، فإذا أضاف إلى هذا التطوع إسقاط الضمان فهو إحسان على إحسان ، فلا وجه للمنع فيه .

ويؤيد هذا : أن ابن القاسم وأشهب اتفقا على أنه يوفى له بالشرط في العارية ، وما ذلك إلا لأن العارية لا عوض فيها ، وإنما هي هبة ومعروف ، انتهى ، ونحوه للخمي .
فرع : وأما عكس هذا ، وهو اشتراط الضمان فيما لا يغاب عليه ؛ ففي « المدونة » (١) و « الموائزة » : لا يلزمه وضمانه من ربه .

وقال أشهب : إن اشترط ذلك لخوف طريق ونحوه فهلك الدابة بسبب ذلك التخوف فإنه ضامن .

الللخمي : ويجري فيها قول آخر أنه ضامن ؛ لأن الحيوان مختلف في ضمانه ، فيوفى له بالشرط ؛ لأن المؤمنين عند شروطهم ، ومراعاة لقول أبي حنيفة : إن الضمان من المرتهن مطلقاً .

وعلى المشهور : فلا كراء عليه على حكم العارية ، وعن أشهب : أنه كراء فاسد وعليه أجره المثل في ركوبه ، وإن عثر عليه قبل استعمالها رد ، نص عليه اللخمي في العارية ، وحمل ابن رشد (٢) قول أشهب على التفسير الأول .

فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ نِصْفَهُ وَقَبْضَ الْجَمِيعِ لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا نِصْفَهُ كَمُعْطِيكَ دِينَاراً لِتَسْتَوْفِيَ مِنْهُ نِصْفَهُ دِينَاراً ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَرَكَ الْمُسْتَحِقُّ الْحِصَّةَ الْمُسْتَحَقَّةَ بِيَدِهِ ...

فإن كان الرهن نصف ما يغاب عليه كثوب مثلاً رهن نصفه ، فإنه إن ضاع لا يضمن إلا نصفه ؛ لأن الرهن إنما هو النصف والنصف الآخر إنما هو فيه أمين ، ونظره بمسألتين :
الأولى : إذا أعطاه ديناراً ليستوفي نصفه ؛ فإنه لا ضمان عليه في النصف الزائد ، لأنه إنما قبضه على الأمانة ، ولأنه لما قبضه صار شريكاً لمعطيه فهلاكه عليهما .

(١) « المدونة » (١٣٣/٤) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٣٣٤/١٥) .

قال في « التهذيب »^(١) : ولا يمين عليه إلا أن يتهم فيحلف .

الثانية : إذا استحق شخص بعض الرهن الذي يغاب عليه ثم تركه بيد المرتهن وضع ؛ فإنه لا يضمن الحصة المستحقة ، لأنه تحت يده على الأمانة ، لا يقال : لم لا يستصحب الضمان في الحصة المستحقة كما استصحب فيما إذا أعطى المرتهن دينه كما تقدم ، لأننا نقول : المستحق لم يتقدم له على المرتهن ضمان فيستصحب .

فَإِذَا فَاتَ بِجَنَابَةِ فَأَخَذَ الْقِيَمَةَ ، فَإِنْ جَاءَ بِرَهْنٍ مَكَانَهُ أَخَذَهَا ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ حَقُّهُ تَعَجَّلَهَا ، وَإِلَّا كَانَتْ رَهْنًا

يعني : إن جنى أجنبى على الرهن وأفاته وأخذت قيمته ، ففي « المدونة »^(٢) ما قاله المصنف ، ولفظها : إذا غرم المتعدي القيمة فأحب ما فيه إلي أن يأتي الراهن برهن ثقة مكان ذلك ، ويأخذ القيمة وإلا جعلت القيمة رهناً .

ابن يونس : ويطبع عليها ، وانظر قول مالك : أحب إلي ، فإن ظاهره عدم الجزم بهذا الحكم ، إلا أن يكون المراد أحب بما سمعت .

أبو الحسن : وقوله : « برهن ثقة » معناه : تكون قيمته كهذه القيمة .

وقال ابن المواز : إن كانت القيمة من جنس الدين وصفته تعجلها ؛ إذ لا فائدة في وقفها ولا منفعة في ذلك للراهن ، فإن لم يكن من جنسه بقيت رهناً ، ومراده بجنس حقه أن يوافق في كونه دنائير أو دراهم .

هكذا نص عليه محمد ، ولعل المصنف سكت عنه ، لأن التقويم إنما يكون بعين ، والأول أظهر ؛ لأن حق المرتهن في الرهن الأول قد بطل بتلفه وبقي حقه في مطلق التوثق ، فإذا أتى الراهن برهن آخر لم يبق للمرتهن حجة .

وأشار ابن عبد السلام إلى أنه يمكن أن يحمل قول محمد على الوفاق بأن يحمل الأول على ما إذا لم تكن القيمة من جنس الدين .

(١) « تهذيب المدونة » (٤/٤٨) .

(٢) « المدونة » (٤/١٣٣) .

وَإِذَا جَنَى الرَّهْنُ وَاعْتَرَفَ الرَّاهِنُ وَحَدَّهُ ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْدَمًا لَمْ يُصَدَّقْ ، وَإِنْ كَانَ مَلِيًّا فَإِنْ فَدَاهُ بَقِيَ رَهْنًا وَإِلَّا أَسْلَمَهُ بَعْدَ الْأَجَلِ وَدَفَعَ الدِّينَ

يعني : فإن جنى العبد الرهن جناية على أحد أو استهلك مالا ، فإن لم تثبت الجناية بيينة ولكن اعترف الراهن بها فقط - أي : أقر بها - فإن كان معدماً لم يلتفت لقوله ؛ لأنه إقرار على المرتهن ، وإن كان ملياً خير الراهن بين أن يفديه أو يسلمه للجناية ، فإن فداه بأن دفع أرش الجناية بقي العبد على حاله ، وإن أسلمه لم يدفع للمجني عليه ، ويبقى تحت يد المرتهن ، لأن وثيقته متقدمة على المجني عليه ، وهكذا في « المدونة »^(١) ، وقيده ابن يونس بما إذا لم يقر أنه جنى قبل الرهن ، فأما إن أقر أنه جنى قبل رهنه ، فإن لم يفده ولم يرض بحمل الجناية وحلف أنه ما رضي أن يتحملها ؛ فإنه يجبر على إسلامه وتعجيل الدين ، كمن أعتق وأقر أنه لغيره إن كان الدين مما له تعجيله ، ولو كان الدين عروضاً من بيع ولم يرض من هي له أن يتعجلها ما جاز إقراره على المرتهن ، كما لو كان معسراً والدين مما له تعجيله ، ويكون المجني عليه مخيراً ، فإن شاء غرمه قيمته يوم رهنه لأنه متعدي عليه ، وإن شاء صبر عليه حتى يحل الأجل فيباع ويتبعه بثمنه .

وَإِنْ ثَبَّتَ بَيِّنَةٌ أَوْ اعْتَرَفَ وَاخْتَارَ إِسْلَامَهُ ؛ خَيْرَ الْمُرْتَهَنِ أَيضاً ، فَإِنْ أَسْلَمَهُ كَانَ لِذِي الْجَنَايَةِ بِمَالِهِ وَأَتْبَعَ الرَّاهِنُ

فإن كانت الجناية تثبت بيينة ، وفي معناها : أن يعترف الراهن والمرتهن بالجناية فقد يعلق به ثلاثة حقوق ؛ حق للسيد ، وحق للمرتهن ، وحق للمجني عليه ، فيخير السيد أولاً - لأنه المالك - بين أن يفديه أو يسلمه ، فإن فداه بقي على حاله ، ولوضوح هذا تركه المصنف .

وإن أسلمه خير المرتهن أيضاً لتقدم حقه على حق المجني عليه ، فإن أسلمه المرتهن أخذه المجني عليه ملكاً له .

قال في « المدونة »^(٢) : ويكون ماله للمجني عليه قل أو كثر .

ابن يونس : وليس للمرتهن أن يؤدي من مال العبد الجناية ، ويبقى رهنًا إلا أن يشاء

(١) « المدونة » (٤/١٦٥) .

(٢) « المدونة » (٤/١٦٥) .

سيده ، زاد صاحب « النكت »^(١) : وسواء كان مال العبد مشروطاً بإدخاله في الرهن أم لا ؛ لأن المال إذا قبضه أهل الجناية فقد يستحق ، فيتعلق على السيد غرم مثله ، لأن رضاه بدفعه إليهم كدفعه ذلك من ماله ، فأما إن أراد الراهن ذلك وأبى المرتهن ، فإن كان لم يشترط المرتهن إدخال المال في الرهن فلا كلام له ، وإن اشترط إدخاله في الرهن فإن ادعى المرتهن أن يفديه كان ذلك له ، وإن أسلم العبد كان ذلك للراهن .

ولما تكلم المصنف على ما إذا أسلم إلى المرتهن الرهن شرع في الكلام على ما إذا فداه ، فقال :

وإن فداه كان الفداء في رقبته لا في ماله ، يُسَدَّى عَلَى الدِّينِ وَلَا يَبَاعُ إِلَّا بَعْدَ الْأَجْلِ ،
وَقَالَ سَحْنُونُ : وَقَبْلَهُ ، وَرُوي : أَنَّ الْفِدَاءَ فِي رَقَبَتِهِ وَمَالِهِ ...

يعني : وإن فداه المرتهن ، فالمشهور وهو مذهب « المدونة » ، واختاره ابن القاسم وابن عبد الحكم : أن الفداء إنما يكون في رقبته دون ماله مبدى على الدين ، وروي عن مالك ، وهو اختيار ابن المواز ، وأكثر الأصحاب : أن الفداء يكون في رقبته وماله ، لأنه لو أسلمه كان العبد للمجني عليه بماله ، فإذا افتكّه المرتهن انبغى أن يكون له ما كان للمجني عليه ، ورأى في المشهور أن المرتهن إنما افتكه ليرده إلى ما كان عليه ، ولولا ذلك لما كان له تطرق إلى العبد بوجه ، فحينئذٍ إنما يرجع العبد إلى ما كان عليه ، وهو إنما كان مرهوناً دون ماله ، ولهذا لو كان مال العبد مشروطاً في الرهن لم يختلف إذا افتكّه أنه يكون الفداء في رقبته وماله .

وعلى القولين ؛ ففي « المدونة »^(٢) : لا يباع إلا بعد الأجل ، وقال سحنون : وقبلة ، أي : قبل أجل الدين ، وهو مبني على الرواية التي اختارها ابن المواز : أن المرتهن وجب له ما كان عليه ، واستحسن اللخمي قول سحنون ، قال : ولا مقال للراهن لأنه رضي بإسلامه ، وعلى ما وجه به المشهور يندفع هذا ، ثم فيما اختاره ابن المواز إشكال آخر ، ويتبين لك ذلك بما نقله اللخمي وابن يونس وغيرهما عنه : أنه إذا أسلمه السيد خير المرتهن في ثلاثة أشياء ؛ وهي : إسلامه ، أو فداؤه بمقدار الجناية أو أكثر ، فإن أسلمه أو فداه بمقدار الجناية فكما تقدم ، وإن فداه بأكثر ولو بدرهم ، فقال محمد : العبد للمرتهن ، مالك : ويتبع المرتهن الراهن بدينه إلا بالدراهم ، فإنه يسقط من جملة الدين ، وقوله : إنه

(١) « النكت والفروق » (٢/ ١٩٢) .

(٢) « المدونة » (٤ / ١٦٤) .

يتبعه بدينه إلا بذلك الدرهم ، لا يصح إلا على تقدير أن المرتهن اشتراه من الراهن بما أدى فيه ، وإذا كان عنده مبيعاً فكيف يتبعه ماله .

والقاعدة المأخوذة من الحديث الصحيح : أن العبد لا يتبعه ماله إلا أن يشترطه المشتري . وفيه إشكال من وجه آخر ، وهو أن هذا الدرهم إذا لم يحل أجله مقدم ومقارن لعقدة بيع ، فينبغي أن يمنع لما في ذلك من البيع والسلف ، إلا أن يقول : إن هذا لم يكن مقصوداً وإنما الأحكام جرت إليه .

ولما أشرنا إليه في توجيه المشهور قال بعض الموثقين : إن نفقة هذا العبد إلى الأجل على سيده الذي كان ينفق عليه ، لأنه رجع إلى ما كان عليه .

فَإِنْ حَلَّ الْأَجْلُ بِبَيْعِ بِمَالِهِ وَبُدِيَ بِالْفِدَاءِ ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ زَادَ نَصْفَ الثَّمَنِ مَثَلًا ؛ أَخَذَ الْغُرْمَاءُ نِصْفَ مَا بَقِيَ وَدَخَلَ مَعَهُمْ بِمَا بَقِيَ مِنْ دِينِهِ ، قَالَ التُّونِسِيُّ : وَهَذَا هُوَ الْقِيَاسُ

هذا تفريع على الرواية التي اختارها محمد ، مثال ذلك : لو بيع بمائة وكان بدون ماله يساوي خمسين ؛ فماله زاد نصف الثمن .

وقال : (مثلاً) لأنه قد يزيد الثلث ونحوه ، فالمائة الحاصلة منها ؛ خمسون للرقبة ، وخمسون للمال ، وعلى هذه الرواية : أن الفداء متعلق برقبته وماله فيأخذه ، فإن كان الفداء خمسين أخذها وتبقى خمسون نصفها لرقبته ونصفها لماله والرهن أولاً إنما يكون في رقبته ، فيأخذ في دينه ما بقي ويأخذ الغرماء الخمسة والعشرين ، فإن بقي له شيء من دينه دخل معهم وأخذ بحساب ماله .

وأما على مذهب « المدونة » : فالفداء إنما هو متعلق برقبته ، فيأخذ الخمسين التي تقابل الرقبة ، ويأخذ الغرماء الخمسين الباقية ، ويدخل معهم بدينه ، لأنه لم يبق له رهن يختص به ؛ مثاله : ما قيمته خمسون وماله خمسون ، فإن فداء بأربعين فبدأ المرتهن بأخذ الأربعين ثمن الفداء ودخل مع الغرماء في الخمسين ؛ فيأخذ العشرة الثانية في الخمسين في دينه وهو أربعون مثلاً ، فإذا أخذ العشرة بقي له ثلاثون وتقسم الخمسون الباقية للعبد وماله فيكون خمسة وعشرين ، فيأخذها المرتهن أيضاً وبقي له خمسة يدخل بها مع الغرماء فيما بقي ، لأنه لم يبق له رهن يختص به .

وَأَمَّا لَوْ فَدَاهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ لَكَانَ سَلْفًا ، فَلَا يَكُونُ رَهْنًا بِهِ .

يعني : وأما إن فدى المرتهن العبد من المجني عليه بإذن الراهن ؛ فالفداء سلف في ذمة السيد وإن زاد على قيمة العبد ، ولا يباع قبل الأجل اتفاقاً .

محمد : ولا يكون رهناً بالفداء ، وعليه اقتصر المصنف ؛ لأن الفداء لما كان سلفاً اقتضى ذلك ألا يكون العبد رهناً به لعدم اشتراطه .

ولهذا قال المصنف : فلا يكون رهناً به ، لأن الفاء تشعر بالسببية .

وقال مالك وابن القاسم : بل هو رهن به ، واختلف فيه قول أشهب .

اللخمي : وأرى أن يحلف ليكون رهناً به ، ونقل ابن يونس عن أشهب أنه لا يكون رهناً ، ثم عارض بين قوله وقول ابن القاسم في هذه المسألة بقولهما في مسألة اللؤلؤ من كتاب الوكالة : إذا أمر رجلاً أن يشتري لؤلؤاً ، وقال له : أنقد عني ، فإن ابن القاسم عدّه سلفاً ، ولا يرى له إمساك اللؤلؤ بثمنه ، وأشهب يرى له إمساكه رهناً ، قال : فخالف كل منهما أصله .

وَإِذَا قَضَى بَعْضُ الدَّيْنِ أَوْ سَقَطَ بِطَلَاقٍ أَوْ إِبْرَاءٍ بَقِيَ جَمِيعُ الرَّهْنِ فِي الْبَاقِي ، وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الرَّهْنِ بَقِيَ الْبَاقِي فِي الْجَمِيعِ

كما لو رهنه عشرة أراذب قمحاً مثلاً في مائة درهم ثم قضاه خمسين ، فلا يأخذ الراهن شيئاً من الرهن إلا بعد وفاء جميع الحق ؛ لأن الأسواق تحول على الباقي ، لأن كل جزء من الرهن في مقابله كل جزء من الدين ، وكذلك لو رهنها رهناً في صداقها فطلقها قبل البناء فسقط عنه النصف أو أبرأته من النصف ؛ لم يكن للزوج أن يأخذ شيئاً من الرهن ، ولا فرق بين أن يكون الرهن متحداً كدار أو ثوب ، أو متعدد كثوبين أو نحو ذلك .

قوله : (وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَحَقَّ ... إلخ) ، تصويره ظاهر .

فرع :

وأما تعدد الراهن والمرتهن ؛ ففي « المدونة »^(١) : وإذا أقرضاه جميعاً واشترطا أن يرهنهما رهناً في صداقها فطلقها قبل البناء ، فلا بأس به ، قيل له : وإن قضى أحدهما

دينه فهل له أخذ حصته من الرهن ؟ قال : قال مالك في رجلين رهنا داراً لهما في دين فقضى أحدهما حصته من الدين : فله أخذ حصته من الدار .

واستشكل قياس قول ابن القاسم ، لأنه في الثانية إذا قضى أحد الراهنين حصته ، وقلنا : إن له أن يأخذ حصته من المرتهن ؛ لا يقع خلل في حيازة نصيب الراهن الآخر من الراهن الذي لم يقض الحق ، بخلاف الأول ، أعني : إذا اتحد الراهن وتعدد المرتهن ؛ فإنه إذا قبض الراهن حظ المرتهن الذي أوفاه عادت يد الراهن مع المرتهن الذي لم يقضه ، وذلك مبطل لحيازته ، ولهذا الاستشكل اختصر المختصرون المسألتين على السؤال والجواب إشارة إلى الإشكال .

ولهذا قال ابن يونس : يؤخذ من قوله : جواز حوز المرتهن نصف الدار مثلاً والباقي للراهن ، وهو خلاف المعلوم من قوله .

ورده عياض : بأنه لم يقل : إن بقاء بيد الراهن لا يبطل الرهن ، وإنما تكلم على خروجه من الرهن لبيعه ويتنفع بثمنه .

فرع مرتب :

وهو أنه إذا تعدد المرتهن واتحد الراهن ؛ فإذا قضى أحدهما هل يدخل الآخر عليه فيما قضاه ؟

عياض : تحقيق المسألة أن الدينين إن كانا من شركة من ثمن مبيع بينهما أو من سلف واحد واشتركا فيه وهما جنس واحد ، فمتى قضى أحدهما دخل عليه الآخر إذا كتبه في كتاب واحد ، وكان الرهن لهما في شيء واحد ، وإن لم يكتباه في كتاب واحد .

قال في « المدونة »^(١) : كقمح أو دنانير مشتركة بينهما ، وأما إن كتبه في كتابين فكأنهما قد رضيا بالتفاضل ، وأما إن كانا نوعين أو حقين مختلفين كبيع وسلف أو دنانير وطعام ؛ فلكل واحد منها أن يقضى دون صاحبه ؛ كانا بكتاب واحد أو كتابين ، إذ لا شركة بينهما في ذلك كما نص عليه في « المدونة » .

فلو كانا من جنس واحد ونوع واحد من الحقوق ولا شركة في ذلك بينهما كدينارين من سلفين مختلفين منفردين ، فإن كانا في كتابين لم يدخل أحدهما على الآخر ، وكذلك إن

(١) « المدونة » (٤/١٦٥) .

كانا في كتاب واحد ، قاله أبو العباس الإيباني وغيره ، وهو ظاهر قوله في الكتاب ، وإنما الذي لا يكون لأحدهما الكلام فيما اقتضى صاحبه فيما كتبه في كتاب واحد من مال أصله شركة بينهما .

فَإِنْ طَلَبَ الْمُسْتَحَقُّ بَيْعَ مَا لَا يَنْقَسِمُ بَيْعَ كَغَيْرِهِ وَكَانَتْ حَصَّةُ الرَّاهِنِ رَهْنًا ، وَفِي رَهْنَيْتِهَا لَا تَعْجِيلُهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسِ الدِّينِ قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبٌ

يعني : إذا استحق بعض الرهن وطلب المستحق بيع نصيبه ، فإن كان مما ينقسم قسم وتركت حصة الراهن رهناً ، ولوضوح هذا لم يتعرض له المصنف ، وإن كان مما لا ينقسم بيع جميعه كغيره من سائر المشتركات التي لا تنقسم ؛ إذا طلب أحد الشريكين البيع فإنه يجبر له الآخر ، ثم إن بيع بمخالف الدين في الجنس أو الصفة بقيت حصة الراهن رهناً ، وإن بيعت بجنسه وصفته ، فقال ابن القاسم : تبقى أيضاً رهناً .

وقال أشهب : بل تعجل للمرتهن ؛ إذ لا فائدة في وقفها ، وقد تضيع ولا ينتفع بها الراهن ولا المرتهن .

وهذا معنى قوله : (وَفِي رَهْنَيْتِهَا لَا تَعْجِيلُهَا قَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبٌ) .

واعلم أن التعجيل على قول أشهب مقيد بما إذا لم يأت برهن آخر ، هكذا صرح به أشهب في «الموازاة» .

وظاهر كلام المصنف : أن أشهب يقول بالتعجيل إذا بيع بمثل الدين ، سواء كان الدين عيناً أو عرضاً .

والذي في ابن يونس عنه : أن المرتهن يأخذ مصابة الرهن من الثمن من دينه إن بيع بمثل الدين من دنائير أو دراهم .

ونقل الباجي^(١) عنه أنه قال في «العتبية» : إذا بيع بعرض مثل حقه أو مخالفاً له وضع له رهناً ، وليس له تعجيله بغير رضا المرتهن .

قال الباجي^(٢) : وجهه أن الماثلة لا تكاد تحصل في العروض ، وقد يجد عند الأجل ما هو أقرب إلى الماثلة ، ولا يقال : لعل لأشهب قولين ، وقد نقل اللخمي عنه الإطلاق كالمصنف ؛ لأن تقييد كلامه بعضه ببعض أولى من حمله على الخلاف .

(١) «المنتقى» (٧/٢٧٤) .

(٢) «المنتقى» (٧/٢٧٤) .

الباجي^(١): وقال أشهب أيضاً في « العتبية »^(٢): إن بيع شيء من الطعام أو الإدام أو الشراب بمثل ما له صفة وجودة فاستحسن له تعجيله ، وإن أبى صاحب الحق .

الباجي^(٣): وكذلك ينبغي أن يكون كل مكيل وموزون ونحوهما .

وكذلك قال سحنون في « المجموعة » : إن بيع بمثل حقه فليعجل له .

سحنون في موضع آخر : إلا أن يكون حقه طعاماً من بيع فيأبى أن يتعجله فذلك له .

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِيَّةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ

يعني : إذا قال صاحب الدين : كتابك هذا عندي رهن مثلاً ، وقال المالك : بل أعرته أو أودعته لك ، فالقول للراهن ، وهكذا في « الموازية » ؛ لأن رب الدين مدع لأنه أثبت للكتاب وصفاً زائداً فعليه البينة .

وكذلك أيضاً إذا كان بيده عبدان فادعى أنهما رهن ، فقال ربهما : إنما رهنتك أحدهما ، فالقول قوله ، قاله في « المدونة »^(٤) .

وقوله : (الرَّاهِنِ) يريد : على دعوى خصمه ، وإلا فالفرض أن الرهن لم يثبت ، وقيد اللخمي المسألة بما إذا لم تكن العادة تصدق المرتهن ، وأما إن صدقته كالبائع يبيع الخبز وشبهه فيدفع إليه الخاتم ونحوه ويدعي الرهنية ؛ فإن القول قوله ، ولا يقبل دعوى صاحبه أنه ودیعة .

خليل : وهو كلام ظاهر .

قال في « المدونة »^(٥) : فلو كان نمطاً وجبة فهلك النمط ، فقال المرتهن : النمطُ أودعنتيه والجهة رهن ، وقال الراهن : النمطُ هو الرهن والجهة هي الوديعة ، فكل واحد مدع على صاحبه ، فلا يصدق الراهن في تضمين المرتهن ما هلك ، ولا يصدق المرتهن أن الجهة رهن ، ويأخذها ربها ، يعني : ويحلفان .

(١) « المتقى » (٢٧٤/٧) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٤٢٠/١٠) .

(٣) « المتقى » (٢٧٤/٧) .

(٤) « المدونة » (١٤٥/٤) .

(٥) « المدونة » (١٥٥/٤) .

وَالرَّهْنُ كَالشَّاهِدِ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ إِلَى مَبْلَغِ قِيَمَتِهِ مَا لَمْ يَفْتُ فِي ضَمَانِ الرَّاهِنِ

يعني : إذا اتفقا على الرهنية واختلفا في مقدار الدين ، فإن الرهن يكون كالشاهد إلى مبلغ قيمته فيكون القول قول من ادعى أن الدين قدر قيمة الرهن .

ابن عبد البر^(١) : واتفق على ذلك ، وقال الحنفي وغيره : القول قول الراهن مطلقاً ، واستدل القاضي إسماعيل للمذهب بقوله تعالى : ﴿ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانًا مَقْبُوضَةً ﴾ [البقرة: ٢٨٣] بجعل الراهن بدلاً من الشاهد ، لأن المرتهن أخذه وثيقة بحقه فكان كالشاهد يخبر عن مبلغ الدين ، وما جاوز قيمته فلا وثيقة فيه ، فكان القول فيه قول الراهن .

وقوله : (مَا لَمْ يَفْتُ فِي ضَمَانِ الرَّاهِنِ) يعني : أنه يشترط في كون الرهن شاهداً أن يكون قائماً ، وفي معنى القائم بأن يهلك في ضمان المرتهن ، فإن قيمته تنزل منزله .

وأما لو هلك في ضمان الراهن فلا يكون شاهداً ، والذي في ضمان الراهن ما لا يغاب عليه أو ما يثبت هلاكه بيينة مما يغاب عليه كما تقدم ، وهكذا نص في « الموازية » و« العتبية » على أن الرهن لا يكون شاهداً إذا كان في ضمان الراهن .

خليل : وينبغي إذا شهدت البينة على صفته أن يقوم ، وتكون تلك القيمة أيضاً كالشاهد وكذلك أيضاً إذا شهدت على قيمته ، وإن كان في ضمان الراهن .

والى ذلك أشار عبد الوهاب^(٢) ، فإنه قال : العادة جارية أن الناس يرهنون ما يساوي قدر ديونهم أو ما يقاربها .

الللخمي وغيره : فعلى قوله يكون الرهن شاهداً على الذمة ، وإن هلك الرهن أو استحق .

فِيَحْلِفُ الْمُرْتَهِنُ وَيَأْخُذُهُ وَإِنْ لَمْ يَفْتَكِهِ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ

يعني : فيحلف المرتهن عليه وحده إن وافقت قيمة الرهن دعواه ، وهذا هو المشهور ، وقيل : لابد من يمين الراهن إذا طلبها المرتهن ليسقط عن نفسه كلفة بيع الرهن في الدين ، ولأن المرتهن يخشى من ظهور عيب بعد بيعه .

عياض : وهو الصحيح وليسقط الطلب من ذمته على القول بتعلقه بالذمة .

(١) « الاستذكار » (٧/ ١٣٩) .

(٢) « الإشراف » (٢/ ٥٨٥) .

قوله : (وَيَأْخُذُهُ) أي : إذا حلف المرتهن أخذ الرهن إن لم يفتكه الراهن بما حلف عليه المرتهن ، فإن نكل المرتهن حلف الراهن وغرم ما أقر به ، ولا يلزم الراهن إذا حلف المرتهن أن يدفع ما حلف عليه ؛ لأن الرهن إنما هو شاهد على نفسه ، وهذا هو المشهور . وفي سماع ابن القاسم عن مالك أنه شاهد على الذمة ، ويجبر الراهن على دفع ما ادعاه المرتهن ما بينه وبين قيمة الرهن .

ولهذا قال المصنف أولاً : والرهن كالشاهد ، ولم يقل : والرهن شاهد ؛ لأنه ليس بشاهد على الذمة ، وإنما هو شاهد على نفسه .

فَإِنْ زَادَ حَلَفَ الرَّاهِنُ مَا لَمْ يَنْقُصْ عَنْهَا ، فَإِنْ نَقَصَ حَلَفًا وَأَخَذَهُ إِنْ لَمْ يَفْتَكِهِ بِقِيَمَتِهِ ، وَقِيلَ : بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ

مثال ذلك : إذا قال الراهن بعشرة ، وقال المرتهن : بعشرين ؛ فثلاث صور :

الأولى : أن يوافق المرتهن بأن تكون قيمته عشرين .

والثانية : أن يوافق الراهن بأن تكون قيمته عشرة .

والثالثة : ألا يوافق واحد منهما بأن تكون قيمته خمسة عشر .

فأشار إلى الأولى بقوله : فيحلف المرتهن ويأخذه إن لم يفتكه ، وأشار إلى الثانية بقوله : فإن زاد ، أي : المرتهن على قيمته ، أي : في دعوى المرتهن بأن يساوي عشرة حلف الراهن وحده ، فإن نكل حلف المرتهن وأخذ المرتهن ما ادعاه .

وقوله : (مَا لَمْ يَنْقُصْ عَنْهَا) أي : ما لم تنقص دعوى الراهن عن قيمة الرهن .

وقوله : (فَإِنْ نَقَصَ) أي : الراهن عن القيمة ، يريد : مع كون الراهن قد زاد ، (حَلَفًا) أي : الراهن والمرتهن كل على دعواه .

عياض : ولا خلاف في حلفهما في هذه الصورة ، مالك في «الموطأ»^(١) ، وابن المواز : ويبدأ المرتهن باليمين ؛ لأن الرهن كشاهد له على قيمته ، فإن حلف فليحلف الآخر ، فإن نكل لزمه كل ما ادعاه المرتهن ، وكذلك أيضاً لو نكل المرتهن وحلف الراهن لم يلزم الراهن إلا ما حلف عليه ، وإن نكلا أو حلفا فعلى الراهن قيمته إن أحب .

وقيل : لا يكون له أخذه إلا بما حلف عليه المرتهن .

وإلى هذين القولين أشار بقوله : (وَأَخَذَهُ إِنْ لَمْ يَفْتَكِهِ بِقِيَمَتِهِ) وقيل : بما حلف عليه .
القول الأول لمالك في « الموطأ » (١)، وهو قول ابن نافع وابن المواز ، ثم يقال للراهن :
إما أن تعطيه الذي حلف عليه وتأخذ رهنك ، وإما أن تحلف على الذي قلت أنك رهنته
ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن ، فإن حلف بطل ذلك عنه ، وإن لم يحلف
لزمه غرم ما حلف عليه المرتهن ، والقول الثاني لابن القاسم في « العتبية » .

قال في « الموطأ » (٢) : ويحلف المرتهن على جميع ما ادعاه ، وهو العشرون .

وقال ابن المواز : المرتهن مخير بين أن يحلف على دعواه أو على قيمة الرهن .

وحكى عبد الحق (٣) عن بعض شيوخه : أنه لا يحلف إلا على خمسة عشر ، كما لو
ادعى عشرين فشهد له شاهد بخمسة عشر ، فإنه يحلف على شهادة الشاهد .

وفرق الباجي (٤) وغيره بين الرهن والشاهد بأن الرهن متعلق بجميع الدين ، والشاهد لا
تعلق له بما لم يشهد ، ألا ترى أن الراهن لو أقر بالعشرين لكان الرهن رهناً بجميعها ،
ولو أقر بتصديق الشاهد لم يكن لشهادته تعلق بغير الخمسة عشر .

واعلم أن القول بتحليفه على العشرين أخص ؛ لأنه إذا نكل الراهن لا يحتاج المرتهن
إلى يمين أخرى ، بخلاف من يقول : إنه يحلف على قيمة الرهن ؛ لأنه يحتاج إذا نكل
الراهن إلى يمين أخرى يثبت بها ما زاد على القيمة .

تنبيه :

ما تقدم من أن الضمير في قوله : (فَإِنْ زَادَ) عائد على (الْمُرْتَهَن) هو الظاهر ، بل
المتعين هنا ، وهو الذي قاله ابن راشد .

وقال ابن عبد السلام : يعني فإن زاد الذي أقر به الراهن على قيمة الرهن ؛ كما لو
كانت قيمته ثمانية وأقر الراهن أن الدين عشرة ، فيحلف الراهن وحده ، كما يحلف لو لم
يكن رهن ليرد دعوى المرتهن .

(١) « الموطأ » (٢/٧٣٣) .

(٢) « الموطأ » (٢/٧٣٣) .

(٣) « النكت والفروق » (٢/١٨٩) .

(٤) « المنتقى » (٧/٢٧٩) .

وفيه نظر ، فإن حمل الكلام على هذا لا يفيد ، فإنه إذا كان القول قول الراهن إذا ادعى قيمة الرهن فمن باب الأولى إذا ادعى أزيد من ذلك .

ثم المسألة في كلام مالك وغيره إنما هي على الوجه الذي ذكرناه .

وَفِي شَهَادَةِ مَا بِيَدِ أَمِينٍ قَوْلَانِ

القول بقبول شهادة ما بيد أمين لابن المراز ، والآخر لأصبح .

أبو محمد^(١) : وقول ابن المراز أصوب ، لأنه إنما أخذه وثيقة بحقه ، ولا فرق بين أن يكون تحت يد المرتهن أو يد الأمين .

فَإِنْ تَلَفَ الْمَضْمُونُ وَاخْتَلَفَا فِي الْقِيَمَةِ ؛ تَوَاصَفَا ثُمَّ قَوْمٌ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ

يعني : إذا تلف المضمون وألزم المرتهن قيمته ، فإن اختلفا في قيمته ؛ فإنهما يتوَصَّفانه ثم تقوم تلك الصفة ، وإن اختلفا فيها فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وهكذا في « المدونة »^(٢) .

وقيد المصنف المسألة بالمضمون ؛ لأن غير المضمون لا قيمة فيه على المرتهن حتى يغرمها ، وليس هو أيضاً شاهداً على مقدار الدين كما تقدم .

وقوله : (فَإِنْ اخْتَلَفَا) أي : في الصفة ، فالقول قول المرتهن لأنه غارم ، وهذا هو مذهب « المدونة » .

ابن المراز : ويقبل قول المرتهن في الصفة ، وإن كانت قيمة ذلك يسيرة إلا في قول أشهب ، فإنه قال : إلا أن يتبين كذبه لقلّة ما ذكره جداً ، واختلف أيضاً لو لم يدع المرتهن هلاك الرهن ، لكن أتى برهن يساوي عشر الدين مثلاً ، هل يكون الدين شاهداً للراهن إذا أنكر أن يكون هذا رهنه كما كان الرهن شاهداً للدين ؟

والمشهور : أن لا يكون الدين هنا شاهداً .

ابن عبد السلام : والأقرب أنه لا فرق بين الصورتين .

(١) « النوادر والزيادات » (١٠ / ٢٢٩) .

(٢) « المدونة » (٤ / ١٤٥) .

فرع :

أما إن جهل الراهن والمرتهن قيمته وصفته ؛ فالرهن بما فيه ، وليس لأحدهما قبل الآخر شيء ، وعلى ذلك حمل أصبغ الحديث : « الرهن بما فيه » قيل : ولا خلاف عندنا في ذلك .

وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْقِيَمَةِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ يَوْمُ الْحُكْمِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَيَوْمُ قَبْضِهِ ، إِنْ كَانَ تَالِفًا ، وَعَنْهُ أَنَّ الرَّهْنَ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الضِّيَاعِ ، وَعَنْهُ : يَوْمَ الرَّهْنِ ، قَالَ الْبَاجِيُّ : فَيَنْبَغِي أَنْ تُعْتَبَرَ تِلْكَ الْقِيَمَةُ فِي مَبْلَغِ الدَّيْنِ

حاصل ما ذكره : أنه إن كان الرهن باقياً اعتبرت قيمته يوم الحكم ، وإن تلف ؛ فثلاثة أقوال لابن القاسم ، أعني : هل تعتبر يوم الضياع ، أو يوم القبض ، أو يوم الرهن ؟ على أنه قد اختلف في الروایتين الأخيرتين هل هما وفاق أو خلاف ؟ وقوله : (قَالَ الْبَاجِيُّ^(١) : فَيَنْبَغِي) إنما قال الباجي ذلك بلفظ يجب .

قال : وعلى اعتبار قيمة الضياع يجب أن تعتبر تلك القيمة إلى مبلغ الدين ، والأقرب اعتبار القيمة يوم الرهن ؛ لأن الناس إنما يرهنون ما يساوي ديونهم غالباً .

ابن عبد السلام : وما حكاه المصنف عن الباجي هو نص في « الموطأ »^(٢) ومعناه في « المدونة »^(٣) .

وَإِذَا اِخْتَلَفَا فِي مَقْبُوضٍ ، فَقَالَ الرَّاهِنُ : عَنْ دَيْنِ الرَّهْنِ ، وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ : عَنْ غَيْرِهِ ، وَزَعَّ بَعْدَ أَيَّمَانِهِمَا عَلَى الْجِهَتَيْنِ ، وَقِيلَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ

نحوه في « المدونة »^(٤) ، ونظيرها إذا كان له عليه دين بحميل ودين بغيره ، واختلفا

في المقبوض هل عما هو بحميل أم لا ؟

ابن رشد^(٥) : والكلام فيهما واحد ، ومذهب « المدونة » أنهما يتحالفان ويقسم

(١) « المنتقى » (٧/٢٨١) .

(٢) « الموطأ » (٢/٧٣٣) .

(٣) « المدونة » (٤/١٥٤) .

(٤) « المدونة » (٤/١٤٣) .

(٥) « البيان والتحصيل » (١١/٢٧) .

المقبوض بينهما ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالقول قول الخالف ، وحكي في «المدونة»^(١) في مسألة الحماله عن غير ابن القاسم : أن القول قول المقبض مع يمينه ، قال : لأنه مؤتمن مدعى عليه .

والى هذا أشار بقوله : (وَقِيلَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ) ابن رشد^(٢) : وما حكاه من أن القول قول المرتهن لا يوجد على إطلاقه ، وحكاه في « الجواهر »^(٣) عن أشهب مقيداً ، فقال بعد أن ذكر أنهما يتحالفان ويقسم الثمن بينهما : وقال أشهب : وهذا إذا تقرارا بالإبهام ، وأما لو تداعيا البيان ؛ فالقول قول المرتهن ، وكلام ابن يونس قريب منه .

ابن عبد السلام : وهذا القول أقرب ؛ لأن الدافع يطلب إخراج الرهن بمحض دعواه فعليه البيان ، وقال ابن كنانة في مسألة الحماله : القول قول من عليه الدين .

وكذلك حكى ابن رشد قولاً في مسألة الرهن أن القول قول الراهن .

اللخمي : وهو القياس ؛ لأنه متطوع ، ولأن القول قوله فيما يقر به .

وقيد اللخمي ما في « المدونة » بما إذا حل الدينان أو لم يحلا وكان أجلهما سواء أو متقاربان ، فإن حل أحدهما ؛ فالقول قول من ادعى الحال ، وكذلك إذا تباين الأجلان فالقول قول من ادعى أقربهما أجلاً مع يمينه .

بعض القرويين : وإنما تصح القسمة إذا كانت المائتان حالتين ، وأما إن كانتا مؤجلتين ؛ فالقول قول الدافع ، لأنه يقول : إنما قصدت تعجيل المائة لأخذ الرهن ، فيكون القول قوله .

وَإِذَا ادَّعَى الْمُرْتَهِنُ رَدَّهُ لَمْ يُقْبَلْ
ظاهر .

وَإِذَا اخْتَلَفَ الْأَمِينُ وَالْمُرْتَهِنُ ، فَقَالَ : بَعْتُهَا بِمِائَةٍ وَأَسْلَمْتُهَا لَكَ ، وَأَنْكَرَ الْمُرْتَهِنُ ؛ غَرِمَ الْأَمِينُ لَهُ مَا أَنْكَرَهُ ...

قال في « المدونة »^(٤) : وإن قال المأمور : بعت الرهن بمائة وقبضتها للمرتهن ، وقال

(١) المدونة « (٩٩/٤) .

(٢) « البيان والتحصيل » (٢٧/١١) .

(٣) « الجواهر » (٦٠٥/٢) .

(٤) « المدونة » (١٤٠/٤) .

المرتهن: ما أخذت منه شيئاً ؛ صدق المرتهن ، وكذلك يصدق المرتهن إذا قال : إنما أعطاني خمسين ، وقال المأمور : بل مائة ، ولأجل تصديق المرتهن .

قال المصنف : غرم الأمين ما أنكره ، أي : ما أنكر المرتهن ، يعني : للمرتهن بعد يمينه ، وهو مقيد بما إذا كان المأمور مأموراً من الراهن .

ابن يونس : ولو كان المرتهن هو الذي أمر ببيعه ؛ لصدق المأمور مع يمينه في دفعه إلى المرتهن ، لأن الوكيل على البيع مصدق في دفع الثمن إلى الأمر .

كتاب التفليس

التفليس : وَإِذَا التَّمَسَّ الْغُرْمَاءُ أَوْ بَعْضُهُمُ الْحَجَرَ عَلَى مَنْ يَنْقُصُ مَالَهُ عَنْ دَيْنِهِ الْحَالَ حُجْرَ عَلَيْهِ....

التفليس مصدر فليس .

عياض : وأصله من الفلوس ؛ أي : صار صاحب فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة .
وفي الجوهري^(١) : يقال : أفلس الرجل ؛ أي : صار مفلساً كأنما صارت دراهمه فلوساً ،
كما يقال : أخبث إذا صارت أصحابه خبثاً ، وأقطف إذا صارت دابته قطوفاً ، ويجوز أن
يراد أنه صار إلى حال ليس معه فلس ، كأقهر الرجل إذا صار إلى حال يقهر عليه .
وقول : (التَّمَسَّ...) إلخ ، يعني للقاضي الحجر على المدين بثلاثة شروط ، أو شرط
مركب من ثلاثة أجزاء :

الأول : أن يطلب الغرماء أو واحد منهم ذلك ، وهو معنى قوله : (التَّمَسَّ الْغُرْمَاءُ أَوْ
بَعْضُهُمْ) وفهم من كلامه أن لبعض الغرماء إذا قام تفليسه وإن كره غيره ، وهو صحيح .

محمد : إلا أن يقدمه الغرماء في المال الموجود أو يدفعوا له دينه من أموالهم .

الثاني : أن يكون مال المدين ناقصاً عن دينه الحال .

الثالث : أن يكون الدين حالاً ، وأما إن كان مؤجلاً فلا حجر بمؤجل ، نعم يحل
بالحجر كما سيأتي ، والمؤجل الحال كالحال ، وذكرناه هنا صوراً :

الأولى : أن يكون له وفاء دينه الحال والمؤجل ؛ فهذا لا يفلس .

الثانية : أن يكون ما بيده ناقصاً عن الحال ؛ فلا إشكال أنه يفلس .

الثالثة : أن يكون بيده مقدار الحال فقط ، فللقرويين في تفليسه قولان .

الرابعة : أن يكون في يده مقدار دينه الحال ويفضل عن ذلك فضلة إلا أنها لا تفي
بالمؤجل الذي عليه ، فذكر اللخمي أن المعروف أنه يفلس .

وفي « الموازية » : أنه لا يفلس ، قال : وليس بحسن ، وقيد اللخمي ما في « المدونة »

(١) « الصحاح » (٥١ / ٢) .

بأن تبقى في يده فضلة يعامله الناس عليها ويتاجرهم الناس بسببها ، ويرجى من تنميته لها ما يقضي به الديون المؤجلة ، وإن كان المعروف في هذه المسألة أن يفلس ؛ فتفليسه إذا لم يكن بيده إلا مقدار الحال أولى ، وهو خلاف مفهوم كلام المصنف ؛ إذ مفهوم كلامه : أنه لو بقي بيده مقدار الحال فقط لم يفلس .

اللخمي : وإذا كان ما في يده كفاف دينه وله مؤجل مثل المؤجل الذي عليه في العدد والأجل على موسر ، أو كان محل دينه قبل محل الذي عليه ، أو كان محل دينه أبعد أجلاً وهو أكثر عدداً - وإن بيع الآن - أو عند حلول ما عليه وفاء بالدين ؛ لم يفلس ، وكذلك إذا كان أجل دينه قبل وهو أقل ويرجى بعد قبضه وتجره به أن يوفي ما عليه .

تنبيه :

أخذ من قول المصنف : (الْتَمَسَ الْغُرْمَاءُ) أنه لا يكون للقاضي ذلك إلا بطلبهم ، وأنه لو أراد الغريم تفليس نفسه لم يكن له ذلك ، وقد اختلف الشافعية هل له ذلك أم لا ؟ والأصل في هذا الباب ما رواه أبو داود : أنه عليه السلام حجر على معاذ بن جبل -رضي الله عنه- وقسم ماله بين غرمائه^(١) .

وفعل ذلك عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- برجل كان يشتري الرواحل ويسبق الحاج ، وقال : « من كان له عنده شيء فليأتنا بالغداة نقسم ماله وإياكم والدين ، فإن أوله هم وآخره حرب » .

وَلَا حَجَرَ فِي الدِّينِ الْمُؤَجَّلِ ، وَلَكِنْ يَحِلُّ بِالْحَجَرِ

يعني : شرط الدين الذي يحجر به أن يكون حالاً ، وإن كان دينه مؤجلاً كله أو حل بعضه ولكن ما بيده أكثر مما حل عليه ؛ لم يحجر عليه .

اللخمي : وسواء كان يوجد عنده عند حلول الأجل شيء أم لا ، إلا أن تتغير حالته ويظهر منه إتلاف ويخشى ألا يوجد عند حلول الأجل شيء ؛ فيحجر عليه ويحل دينه ، إلا أن يضمن أو يوجد ثقة يتجر له .

(١) أخرجه الحاكم (٥١٧٩ ، ٥١٩٢) ، والطبراني في « الكبير » (١٦٨٠١) والبيهقي في « الكبرى » (١١٠٤٢) من حديث كعب بن مالك - رضي الله عنه - .

قوله : (وَلَكِنْ يَحِلُّ بِالْحَجَرِ) يعني : إذا حجر عليه بسبب الدين الحال فإن المؤجل يحل كما يحل بالموت ؛ لخراب الذمة في المسألتين .

فرع :

لو قال بعض الغرماء : لا أريد حلول عروضي ، وقال المفلس : بل حكم الشرع بحلول ما علي ولا أخره ؛ فالقول للمفلس ويجبر المستحق على أخذها ، قاله في «الموازية» و«العتبة» .

واعترضه اللخمي بأن الحلول إنما كان لحق رب السلعة ، فينبغي أن يكون القول له في التأخير ، وإلى حلول الدين بالموت أشار بقوله :

وَالْمَوْتُ كَالْفَلَسِ

وهذا هو المشهور .

وذهب السيوري إلى أن المؤجل لا يحل بالموت ، [فأجرى]^(١) على قوله الفلاس ، ووجه المشهور : أنه لو لم يحل بالموت لزم إما تمكين الورثة من قسمة التركة ، وإما عدم تمكينهم ، والأول باطل بقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء: ١١] .

والثاني كذلك ؛ لما يلحق الجميع بسبب وقف التركة من غير فائدة ، ولو قال الورثة : نحن نأتي بالحميل مليئاً ونؤديه عند الأجل ومكنونا من قسمة التركة كلها ؛ لم يكن لهم ذلك ، قاله ابن نافع في «المبسوط» .

فرع :

ويدخل في قوله : (ويحل بالفلاس) دين الأكرية ، وهو الذي أخذ من المدونة من قوله : إذا فلس المكثري فصاحب الدابة أولى بالمتاع من الغرماء . فإنه يقتضي تعجيل حقه ، ولا يصح أن يباع للغرماء منافع دابة بالنقد يأخذونه ويبقى هو مطالباً بالكراء .

ومن قوله فيها أيضاً : إذا اكترى أرضاً فزرعها ثم فلس ؛ أنه يحاص الغرماء منافع دابته بالنقد بالكراء .

المازري : وذكر لي بعض أشياخي أن عبد الوهاب نص عليه في «شرح الرسالة» ، وكذلك ذكر لي عن «المبسوط» ، ولم أقف على النقل في هذين الكتابين ، ولكن عندي أن

(١) في ط : فأحرى ، بالخاء المهملة والمثبت هو الصواب .

المسألة كالمنصوص فيها على قولين ؛ لأنه اختلف فيمن أكرى داره خمس سنين وقبض كراءها وممر عليه حول ففلس ، هل يكرى الجميع أو العام الأول فقط ؟

وفي «المقدمات» : وإن اكرى الرجل داراً بالنقد أو كان العرف فيه النقد ففلس المكتري قبل أن يقبض الدار أو بعد أن قبض المكتري بعض السكنى ؛ فأوجب ابن القاسم في «المدونة» للمكتري المحاصة بكراء ما بقي من السكنى إذا شاء أن يسلمه ، وله مثل ذلك في «العتبية» (١) .

وعلى قياس هذا إن فلس قبل أن يقبض الدار فللمكتري أن يسلمها ويحاص بجميع كرائه ، وهذا إنما يصح على قول أشهب الذي يرى قبض أوائل الكراء قبضاً لجميع الكراء . وأما ابن القاسم : فالقياس في أصله أن يحاص الغرماء بما مضى ويأخذ داره ولا يكون له أن يسلمها ، ويحاص الغرماء بجميع الكراء .

ولو لم يشترط في الكراء النقد ولا كان العرف فيه النقد ؛ لوجب على المذهب المتقدم إذا حاص أن يوقف ما وجب له في المحاصة ، فكلما سكن شيئاً أخذ بقدره من ذلك .

وَالْبَعِيدُ الْغَيْبَةُ لَا يُعْرَفُ تَقَدُّمُ مَلَائِهِ يُفْلَسُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ : وَلَوْ كَانَ عُرْفُ

يعني : أن الغريم إذا كان بعيد الغيبة ولم يعرف له تقدم ملاء فإنه يفلس ، وإن عرف له ذلك ؛ فالمشهور لا يفلس خلافاً لأشهب ، وقد نقل ابن يونس وغيره قول أشهب كما نقله المصنف ، وقول ابن عبد السلام : إن في نقل المصنف له نقصاً ؛ لأنه لا يؤخذ منه أنه يحكم بفلسه ولو عرف ملاؤه ، وليس بظاهر ، وقال أصبغ بالمشهور استحساناً ، والقياس عنده قول أشهب .

أصبغ : ويكتب بتفليسه حيث هو ليستتم عليه ذلك بالموضع الذي هو فيه .

ابن يونس (٢) : وفي قول أصبغ نظر ؛ لأن أشهب إنما فلسه وإن كان ملياً في غيبته ؛ لإمكان تلف المال ، فإذا وصل إليه فكيف يحل المؤجل عليه وهو مليء ، انتهى .

وأجيب بأن أصبغ رآه حكماً مضى فلا يرتفع .

فرع مرتب على المشهور :

فإن فلس ثم قدم ملياً فلا شك في أخذ من قد حل دينه ، وأما من لم يحل دينه ؛

فاختلف هل يأخذ أيضاً حقه لأنه حكم مضى وهو ظاهر قول أصبغ، أو لا يأخذه إلا بعد أجله لأن الغيب قد كشف خلاف ما مضى به فصار كما لو تبين خطأه وهو اختيار بعض المحققين؟

وقال ابن عبد السلام : الأول أقرب ؛ لأن الحاكم حين قضى بإفلاسه كان محوزاً لما قد ظهر الآن ، وأيضاً فهو حكم واحد ، وقد وقع الاتفاق على أن من قبض شيئاً من دينه المؤجل لا يرد ذلك ، فكذلك ما بقي ، وأما لو حضر الغريم وغاب المال فإن ذلك يوجب تفليس الغريم إذا كانت غيبة المال بعيدة ، انتهى .

وفهم من قول المصنف : (وَالْبَعِيدُ) أنه لو كان قريباً لم يفلس بل يكشف عن حاله ، وهكذا في «العتبية»^(١) و«الواضحة» لابن القاسم ، وحد القرب فيهما بالأيام اليسيرة .

قال في «البيان»^(٢) : ولا خلاف في ذلك ، قال : وخلاف ابن القاسم وأشهب إنما هو عندي فيما كان على مسيرة عشرة أيام ونحوها ، وأما إن كان على مسيرة الشهر ونحوه فلا خلاف في وجوب تفليسه وإن علم ملاءه ؛ أي : غناه من فقره .
فرع :

وهل يستأنى ببيع عروض الغائب خشية أن يكون عليه دين آخر ؟ أما البعيد الغيبة : فلا خلاف في الاستيناء في حقه . وأما القريب : فلمالك في رواية ابن وهب في بعض روايات «المدونة» ، ولا يستأنى به لأن له ذمة . وقال ابن القاسم : يستأنى به كالميت .

وَلَوْ مَكْنَهُمُ الْغَرِيمُ مِنْ مَالِهِ فَبَاعُوهُ وَأَفْتَسَمُوهُ ثُمَّ تَدَايَنَ؛ فَلَيْسَ لِلأَوَّلِينَ دُخُولٌ فِيهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ فَضْلٌ رِيحَ كَتَفْلَيْسِ السُّلْطَانِ

يعني : إذا اتفق الغريم وأرباب الديون على أخذ ما في يد الغريم والتحصيص فيه ففعلوا ذلك من غير رفع إلى الحاكم ، ثم تداين هذا الغريم من قوم آخرين ؛ فليس للأولين الدخول في دين ما أخذه من الآخرين ، إلا أن يفضل عن دين الآخرين فضل .

وقوله : (كَتَفْلَيْسِ السُّلْطَانِ) تشبيه لإفادة الحكم ؛ لأنه لم يتقدم له هذا الحكم في تفليس السلطان ؛ أي : وليس لهم أن يدخلوا كحكم الحاكم .

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٦٤) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٦٥) .

وَلِلْحَجْرِ أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ ؛ مَنَعُ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ الْمَوْجُودِ

(آل) في (لِلْحَجْرِ) للعهد ؛ أي : لحجر المفلس أربعة أحكام ؛ الأول : (مَنَعُ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ الْمَوْجُودِ) احترازاً عما إذا لم يوجد ؛ فإنه لا يمنع كالتزامه عطية شيء إن ملكه ، اللهم إلا أن يملكه ودينهم باق فلهم حينئذ المنع ، ومراد المصنف بالمنع من التصرف : هو التصرف الخاص وهو التسرع ؛ لقوله بعد هذا : (مُعَامَلَتُهُ) ولكن إن أراد هذا دخل عليه النكاح ، فإنه ممنوع من التزويج في المال الذي فلس فيه ، قاله في «المدونة» ، قال : وله أن يتزوج فيما أفاده بعده ، وظاهرها وظاهر «العتبية» : أن له أن يتزوج قبل التفليس .

ابن رشد : هذا إذا تزوج مَنْ يشبه حاله وأصدقها مثل صداقها ، ولو كان أكثر لكان غرماً أولى ، وترجع هي عليه به ، واختلف هل يَقَامُ المفلس من السوق لثلاً يُغَشُّ الناس بالبيع هنا ؟

قال مالك في «الموازية» فيمن تَعَمَّدَ إتلاف أموال الناس : يقام من السوق ، كما قال في السفيه إذا حجر عليه .

وقال مطرف وابن الماجشون في «الواضحة» : والمفلس لا يقام للناس .

الليخمي : وهذا أحسن فيمن لم يعتمد تلف ذلك .

فِرْعَاؤُ :

الأول : اختلف في الكتابة ؛ فقليل : من ناحية العتق فتزد ، وقيل : من ناحية البيع فتضي .

الليخمي : وأرى أن ينظر في قيمته مكاتباً ؛ فإن كانت كقيمته رقيقاً مضت مطلقاً إلا أن يتعذر بيع المكاتب ، وكذلك إن كانت قيمته مكاتباً أبخس إلا أنها تفي بالدين ، وإن كانت لا تفي ؛ ردت إن كانت بعد الحجر أو قبل وكان البخس لتخفيف في الكتابة ؛ لما يرجى من الولاء ، إلا إن كانت قبله في حسن النظر لكثرة النجوم ، كمن باع سلعة بثمان إلى أجل وكان بيع ذلك الدين لا يفي بالثمان لو بيعت على النقد فإنه لا يرد ، انتهى .

وهذا إنما يأتي إذا أجرينا الكتابة مجرى البيع .

الثاني : قال في «المدونة»^(١) : ورهن من أحاط الدين بماله وبيعه وقضاؤه جائز ما لم

(١) «المدونة» (٢٠٩/٥) .

يفلس، وقد كان مالك يقول : إذا تبين فلسه فليس له ذلك ويدخل الغرماء معه فيه ، وليس بشيء، وعلى الأول جماعة الناس .

وحكى في «المقدمات»^(١) قولاً ثالثاً بجواز قضائه لبعض غرمائه دون رهنه ، أما لو قضى جميع ما بيده لأحد غرمائه ، فأشار السيوري إلى أن ذلك لا يختلف في رده وأفتى بذلك، وإنما اختلف إذا قضى البعض .

وقال بعض القرويين : إنه يتفق على رده إذا عجله لبعضهم قبل أجله .

وَفِي مُعَامَلَتِهِ ، ثَالِثُهَا : بِالنَّقْدِ لَا بِالنِّسِئَةِ ، وَرَابِعُهَا : بِمَا يَبْقَى لَا بِمَا يَذْهَبُ

أي : وفي صحة معاملة المفلس وعدم صحتها ، والذي اقتصر عليه اللخمي والمازري وابن شاس : أن يبيعه وشراءه لا يمضي .

وفي «الجلاب»^(٢) : أن يبيع المفلس وابتياعه جائز ما لم يحاب ، ولم أقف على غير هذين القولين ، على أن بعض من تكلم على «الجلاب» أوله بأن مراده مَنْ ظهر عليه الفلاس قبل أن يحجر الحاكم عليه ، قال : وأما إن حجر عليه فلا يجوز له تصرف البتة ، ولا خلاف في جواز بيعه إذا لم يحجر عليه بشرط ألا يحابي ، قاله في «المقدمات»^(٣) .

وقوله : (بِمَا يَبْقَى لَا بِمَا يَذْهَبُ) أي : لا يسرع إليه التلف كالعقار .

ابن عبد السلام : ولستُ على وثوقٍ من نسبة هذه الأقوال للمذهب ، بل ورأيت من الحفاظ من ينكرها ، والأول منها هو المعروف في المذهب ، ولو صح بيعه وشراؤه لما كان للحجر عليه كبير فائدة .

وإنما حكيت هذه الأقوال في مستغرق الذمة بالحرام والمغصوب ، على القول بأن حكمه حكم من أحاط الدين بماله لا حكم المفلس وهو الأظهر ، ومنهم من رأى حكمه حكم المفلس فمنع من معاملته مطلقاً ، هكذا حرره بعض المحررين من الشيوخ .

وَيَمْضِي عَنْهُ أُمَّ وَلَدِهِ ، وَرَدَّهُ الْمَغِيرَةُ

أمضاه ابن القاسم في الكتاب ورده المغيرة ، وقال : ليس هو كطلاقه لزوجته ، بل هي

(١) «المقدمات» (٢/ ٣٢٠) .

(٢) «التفريع» (٢/ ٢٥٤) .

(٣) «المقدمات» (٢/ ٣٢٠) .

كرقيقه ؛ لارتفاقه بها .

ومنشأ الخلاف : هل هي كالزوجة لأنه ليس له فيها إلا الاستمتاع ، أو كالأمة لأن فيها شائبة الرق ، ولأن أرش جنايتها للسيد ؟

وفهم من قوله : (وَيَمْضِي عَتَقُ أُمِّ وَلَدِهِ) أنه لا ينبغي للمفلس أن يقدم على ذلك ابتداءً ، وهذا مقيد بأم الولد التي أولدها قبل الحجر ، وأما لو أولدها بعده ؛ فيرد عتقها لأنها تباع إذا وضعت دون ولدها .

وَفِي إِتْبَاعِهَا مَالَهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ يَسِيرًا قَوْلَانِ

إذا فرعنا على المشهور من إمضاء العتق ، فإن لم يستثن السيد مالها ، فقال مالك في «العتبية» : يتبعها لأن السيد باعتبارها غير مفلس .

وقال ابن القاسم : لا يتبعها إلا أن يكون يسيراً ، لأن الغرماء إنما لم يكن لهم ردها لأنهم لا منفعة لهم فيها بخلاف مالها .

وَتَصَرَّفُهُ شَارِطًا أَنْ يَقْضِيَ مِنْ غَيْرِ مَا حُجِرَ عَلَيْهِ فِيهِ صَحِيحٌ

إذا اشترى شيئاً على أن يقضي ثمنه من غير ما حجر عليه فيه بل مما يطراً جاز ؛ إذ ليس فيه إتلاف على الغرماء .

خليل : وانظر هذا فإن فيه البيع لأجل مجهول وقابله بما قالوه فيمن تزوجها إلى ميسرته أنه لا يجوز ، وقد تقدم أن شيخنا - رحمه الله - أخذ من هذا أنه يجوز أن يشتري سلعة بشرط أن يدفع ثمنها إذا فتح الله عليه وانظر ذلك .

وَكَذَلِكَ طَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَاسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ وَعَقْفُوهُ

يعني : وكذلك تصح تصرفاته غير المالية كطلاقه ، فأحرى خلعه لأخذه فيه مالاً ، وذلك أنفع للغرماء ، وله أن يستوفي القصاص الذي وجب له ؛ إما بسبب جناية عليه أو على وليه ، وله أن يعفو عن الجاني ، ولا إشكال في هذا على قول ابن القاسم الذي يرى أن موجب العمد قود كله ، وأما على قول أشهب الذي يرى أن الواجب الخيار للولي بين القصاص والدية فقد غمز به بعضهم ، والأظهر أنه لا إشكال فيه على قاعدة المذهب ؛ لقولهم : إنه لا يجبر على انتزاع مال أم ولده ومدبره .

ووقع في بعض النسخ (وغيره) عوض قوله : (وَعَقْفُوهُ) يعني به كاستلحاق النسب أو اللعان ، والله أعلم .

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ عَنْ قُرْبٍ.

يعني : أن إقرار الغريم إما بدين في ذمته أو بمعين ، وبدأ بالدين وذكر أنه يقبل إقراره في مجلس التفليس وبالقرب منه ، ولا يقبل مع البعد للتهمة ، وقيد بالمجلس وقربه ؛ لأن الغالب في حق من يعامل الناس أنه لا يستحضر جميع ما عليه إلا بتفكر .

ابن عبد السلام : وظاهر كلامه أنه يقبل في المجلس وبالقرب منه ، سواء كان الدين الذي فلس به ثبت بيينة أو بإقرار ، وهو اختيار بعض الشيوخ .

والظاهر عندي : أن الغالب عدم استحضاره لجميع الدين في وقت واحد ، لكن الذي نص عليه محمد وحملوا عليه «المدونة» أن هذا خاص بما إذا ثبت الدين بإقراره ، وإن كان بيينة فإنه لا يقبل وإن كان في المجلس .

ولمالك في «الموازية» قول ثالث : أن من أقر له المفلس إن كان يعلم منه إليه تقاض ومداينة وخلطة ؛ حلف المقر له ودخل في الحصاص مع من له بيينة .

وزاد بعضهم رابعاً : أنه يقبل ما لم يحز عنه المال ؛ لأنه حينئذ كالرهن للغرماء .

وفهم من كلام المصنف أنه إذا أقر قبل التفليس أنه يقبل ؛ لأنه إذا قبل في مجلس التفليس فأحرى قبله .

قال في «المقدمات»^(١) : ولا خلاف في ذلك إن كان المقر له لا يتهم عليه ، وفي المتهم عليه خلاف .

وكذلك حكى اللخمي وقال : عدم الجواز أحسن .

ابن راشد : ونزلت عندنا بقفصة وكتب فيها قاضي الجماعة بما اختاره اللخمي من البطلان .

خليل : وفي الاتفاق الذي حكاه في المقدمات نظر ، فقد حكى المازري وغيره أنه وقع لابن نافع في «المبسوط» أنه لا يجوز إقرار من تبين فلسه وإنما لم يضرب على يديه .

ابن رشد : وحد التفليس الذي يمنع قبول إقراره أن يقوم عليه غرامؤه فيسجنوه أو يقوموا فيستتر عنهم فلا يجده ، وذكر غيره أنه اختلف بماذا يكون مفلساً ؟ فقليل : بالمشاورة فيه ، وقيل : إذا رفعوه للقاضي ، وقيل : بجعله في السجن .

(١) «المقدمات» (٢/ ٣٢٠) .

ثُمَّ لَا يَقْبَلُ إِلَّا بَيِّنَةً وَيَكُونُ فِي ذِمَّتِهِ

أتى بـ (ثُمَّ) المقتضية للتراخي ؛ يعني : فإن لم يقر في المجلس ولا بقربه بل بعد ذلك لم يقبل إقراره ، إلا أن تشهد البينة لصحته ، وإذا لم يقبل بقي ما أقر به في ذمته ، فإذا أفاد مالا بعد ذلك دخل فيه هذا المقر له ؛ لأن التهمة إنما كانت في المال الأول .

قال في «المقدمات»^(١) : وأما لو دأب قوماً آخرين ثم فلس ؛ فلا دخول للمقر له أولاً معهم ، لأن حقه على قوله فيما كان أخذه الأولون ، فإن فضل عن الآخرين فضلة دخل معهم الأولون .

واختلف إذا كان إقراره أولاً صحيحاً ولم يرض المقر له بتفليسه ولا دخل في المحاصة ؛ فقال محمد : له أن يدخل مع الآخرين .

وقال مطرف في «الواضحة» : لا يدخل معهم .

الـخـمـي : وإن كان غائباً حين فلسه ثم قدم ؛ كان له أن يدخل مع الأولين فيحاصصهم ، ويختلف إن أحب أن يدخل مع الآخرين ؛ فعلى قول محمد له ذلك .

وقال ابن القاسم في كتاب السرقة : لا يدخل معهم وهو موافق لقول مطرف ، وهو أحسن ؛ لأن هذه الأموال للآخرين لا شركة للأولين فيها .

واختلف إذا بقي أحد الأولين في يده نصيبه من المحاصة ؛ فعلى قول ابن القاسم : يضرب مع الآخرين بقدر ما أبقى كمدائنة حادثة .

وفي «الواضحة» : يضرب بأصل دينه .

فَإِنْ قَالَ قَرَاضٌ أَوْ وَدِيعَةٌ وَعَلَى أَصْلِهِ بَيِّنَةٌ ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يُقْبَلُ ، وَقَالَ أَشْهَبُ بِالتَّعْيِينِ ، وَقَالَ أَصْبَغُ : وَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ إِذَا عَيْنُهُ وَكَانَ لِمَنْ لَا يَتَّهِمُ

يعني : وإن أقر بشيء معين في يده في المجلس أو أقر به وقال : هو قراض لفلان أو ودیعة ، فقال ابن القاسم : يقبل ذلك منه إذا شهدت بينة على أصل القراض والودیعة ، واشترط أشهب إذا شهدت على تعيين ذلك أنه له ، هكذا نقل غير واحد قول أشهب ، واكتفى أصبغ بتعيين المقر وإن لم تكن بينة إذا كان إقراره لمن لا يتهم عليه ، وحكى في «البيان»^(٢) فيما إذا قال : هو قراض فلان أو ودیعة فلان ثلاثة أقوال :

(١) «المقدمات» (٢/٣٢٣) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠/٣٥٥) .

الأول : لمالك في سماع عيسى : أنه جائز مع يمين المقر له .

والثاني : لابن القاسم في العتبية وآخر الوصايا الثاني من «المدونة» : أن إقراره لا يجوز .

والثالث : الفرق إن كان على أصله بينة صدق أن هذا هو ذلك المال ، وإن لم تكن على أصله بينة لم يصدق ، ورواه أبو زيد عن ابن القاسم ، قال ، وقيل : إن رواية أبي زيد مفسرة للقولين .

ابن عبد السلام : وما حكاه عن كتاب الوصايا الثاني ليس نصاً في تعيين المقر به ، بل ظاهره عدم التعيين ، وهو نص «التهذيب» .

وإن أقر الولد أن أباه أوصى لرجل بثلث ماله وعلى الولد دين يستغرق مورثه وأنكر غрмаؤه الوصية ؛ فإن كان إقراره قبل القيام عليه بالدين جاز ، ولا يجوز إقراره بعد القيام عليه ، وكذلك إقراره بدين على أبيه أو وديعة عند أبيه لإقراره بعد قيام غرماء المقر عليه لا يقبل إلا ببينة ، وإقراره قبل أن يقام عليه جائز ، لكن في آخر كتاب القراض وكتاب الوديعة ذكر التعيين في إقرار المريض بالقراض والوديعة ١٠هـ .

وحكى المازري وغيره الثلاثة الأقوال التي حكاه ابن رشد في الوديعة في الصانع أيضاً إذا عين شيئاً لأحد .

وفي اللخمي : إذا ثبت البيع والإيداع ، ثم قال بعد الفلاس : هذا الثوب الذي اشتريت أو الوديعة التي قبضت ، فقبل : لا يقبل إقراره ، وقيل : يقبل ، وقيل : لا يقبل في البيع ويقبل في الوديعة ، والإبضاع والقراض والقبول في الجميع أحسن ؛ لأن الأصل وجود هذه الأشياء عنده حتى يُعلم أنه تصرف فيها .

ابن يونس^(١) : ولم يختلف في المريض يقول : هذا قراض فلان أو وديعته أنه يقبل إقراره إن كان لم يتهم عليه وإن لم تكن على أصل ذلك بينة ؛ لأن الحجر على المريض أضعف من الحجر على المفلس ؛ لأن المريض يشتري ما يحتاجه بخلاف المفلس .

وَالْمَالُ الْمُتَجَدَّدُ يَحْتَاجُ إِلَى حَجَرٍ ثَانٍ

يعني : أن ما استفاده بعد الحجر عليه أو نشأ عن معاملة قوم آخرين ، فإن له التصرف فيه حتى يحجر عليه حجراً آخر .

(١) الجامع لابن يونس (٥٢٢/٥) .

وَأَجْرَةُ الْحَمَالِ وَالْكِبَالِ وَنَحْوِهِ مِنْ مَصْلَحَةِ الْحَجَرِ تُقَدَّمُ

نحوه في «الجواهر» ؛ يعني : أن أجرة من يحمل سلع المفلس إلى السوق مثلاً أو أجرة من يكيل الطعام أو يزنه تقدم على الديون ؛ لأنه لولا ذلك ما أمكن الغرماء الوصول إلى الأثمان .

وقوله : (الْحَمَالِ) بالحاء المهملة ، وفي بعض النسخ بالجيم ، والأولى أولى ، فإنها أعم .

وَيَحْلِفُ الْمُفْلِسُ مَعَ شَاهِدِهِ ، فَإِنْ نَكَلَ فَلِلْغُرْمَاءِ أَنْ يَحْلِفُوا

أي : إذا قام للمفلس شاهد واحد بدين ؛ فإن حلف استحقه وقسم بين غرمائه ، وإن نكل فللغرماء أن يحلوا محله في اليمين .

ابن حبيب : بعد التفليس ، وأما قبله فلا ، وهذا يؤخذ من كلام المصنف ؛ لأن التفليس حقيقة إنما يطلق بعد الحجر .

وكان القياس ألا يمكنوا من التحليف ؛ لأن حقه إنما ثبت في ماله إذا ثبت أنه ماله ، لكنهم اتهموا الغريم أن يكون قصد بنكوله إخراج المال عن الغرماء ، ولا سيما وقد اختلف إذا أخذ الحق بشاهد ويمين ، هل هو منسوب إلى الشاهد فقط واليمين كالاستظهار ، أو اليمين كشاهد ثان ؟

ويظهر أثر الخلاف إذا رجع الشاهد ، هل يغرم الحق كله ، أو نصفه ؟ وإذا تعارضت البيئات فأقام أحدهما شاهدين والآخر شاهداً ويميناً وشاهده أعدل من الشاهدين ، هل تكون شهادته مقدمة أم لا ؟

مطرف وابن الماجشون : ويحلف كل واحد من الغرماء على جميع الحق المشهود به لا على نصيبه ؛ لأن كلاً منهما قام مقام المفلس ، فإن حلفوا جميعاً استحقوا وتحاصوا ، فإن نكلوا لم يستحقوا شيئاً ، وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم استحق من حلف .

ابن القاسم : في رواية عيسى وابن الماجشون : قدر نصيبه فقط ، كما لو حلف الجميع .

وقال ابن عبد الحكم : جميع حقه ، لكن إنما نقل عنه هذا في مسألة الوارث يقوم للميت شاهد أن عليه ديناً ، والباب واحد .

بعض القرويين : وينبغي إذا نكل بعض الغرماء ولا فضل في الدين أن يحلف الغريم ويسقط عنه حق من نكل ، وليس لأصحابه أن يأخذوا ما نكل عنه وهذا كالورثة ، ولو رجع بعض الغرماء بعد نكوله فأراد أن يحلف ، فقال مطرف : لا يقبل كما لو نكل عن حق نفسه ، وقال ابن الماجشون : يقبل ؛ لأنه قد يستريب أولاً ثم يظهر له ما يرفع الاسترابة بخلاف حق نفسه ، لأنه يعلم أولاً صحته وبطلانه .

وَلَا يُمْنَعُ مِنَ السَّفَرِ بِالَّذِينَ الْمُؤَجَّلِ ، إِلَّا أَنْ يَحْلَ فِي غَيْبَتِهِ فَيُوكَّلَ مِنْ يَوْفِيهِ

الباء الداخلة على (الدين) للسببية ، وقوله : (وَلَا يُمْنَعُ) زاد في «الجواهر»^(١) : (ولا يطلبه بكفيل أو بإشهاد) .

وفي السلم الثالث من «المدونة»^(٢) : ولك منع غريمك من بعيد السفر الذي يحل دينك قبل قدومه ، ولا يمنع من القريب الذي يقدم فيه قبل محل أجل دينه .

ابن القاسم : في رواية عيسى : وعليه أن يحلف أنه لم يرد الفرار من الحق الذي عليه ، وأنه ينوي الرجوع عند الأجل ليقضي ما عليه .

ابن يونس : وقال بعض أصحابنا : إنما تكون اليمين على المتهم .

وقوله : (فَيُوكَّلَ مِنْ يَوْفِيهِ) هو تقييد «للمدونة» في السفر البعيد ، وهو ظاهر في المعنى ، وإذا وكل فهل له عزل الوكيل ؟

ابن عبد السلام : فيه تردد واختار بعض المحققين أن له عزله إلى بدل لا مطلقاً ، وأصل المذهب أنه إذا تعلق لأحد الغريمين حق بالوكالة أن لا يكون لمن وكله عزله .

خليل : وينبغي أن يقيد هذا بما إذا كان الموضع الذي يسافر إليه مأموناً ، وكذلك ينبغي إذا كان سفره سبباً لثلا يوجد له ما يوفي الدين عند الأجل ، كما إذا عومل شخص لأجل صنعته ثم أراد السفر وصنعته تتعذر عليه في السفر ؛ لأننا لو أجزنا له السفر والحالة هذه أدى إلى أنه عند الأجل لا يوجد عنده ما يوفي الدين ، والله أعلم .

(١) «الجواهر» (٢/ ٦١٠) .

(٢) «المدونة» (٥/ ٩٩) .

الثاني : بَيْعُ مَالِهِ ، فَبَيْعُ الْحَيَوَانِ عَاجِلًا ، وَيُقَسَّمُ وَلَا يُكَلَّفُ الْغُرْمَاءُ أَنْ لَا غَرِيمَ سَوَاهُمْ ، فَإِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالْدِّينِ اسْتَوْثِنِي بِهِ فِي الْمَوْتِ ، وَقِيلَ : وَفِي الْفَلَسِ ، وَقَالَ أَصْبَغُ : يُنَادَى عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ فِي مَوْتِهِ وَفَلَسَهُ كَمَا فَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَتَبَاعُ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ طَلَبًا لِلزِّيَادَةِ ، وَيُسْتَأْنَى فِي بَيْعِ رُبْعِهِ الشَّهْرَ وَالشَّهْرَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ

أي : الحكم الثاني من أحكام الحجر ، واعلم أنه إذا قام الغرماء على المفلس فعلى القاضي أن يكلفهم إثبات ديونهم ، ثم يعذر فيما ثبت عنده على المفلس لكل واحد من دين صاحبه ، فإذا وقع التفليس أو العجز عن الدفع ؛ أمر كل واحد أن يحلف أنه لم يقبض من دينه شيئاً ولا أسقطه ، وأنه باق عليه إلى الآن على ما عرف في مثل هذا اليمين ، وعلى القاضي أن يسمي الشهود الذين ثبت بهم حقوق الغرماء ، وإن لم يسمهم نفذ الحكم إن كانوا عدولاً وإلا فلا ، حكاه في «الطرر» ، فإن كان في الغرماء محجوراً عليه فهل يحلف المحجور عليه أو وصيه ، أو لا يمين على واحد منهما ويؤخر إلى رشده ؟ في المذهب ثلاثة أقوال للأندلسيين ، وحكاها في «المتيطة» في المرأة المولى عليها تقوم بصداقها ، قال : والمشهور أنها هي التي تحلف .

وأفتى ابن عتاب بأن يمين القضاء توقف عليها حتى تخرج عن الولاية ، فإن نكلت حيثئذ عنها ردت ، ولو كان في عقد أحدهم أنه يصدق في الاقتضاء دون يمين ، فهل تسقط عنه اليمين إن كان مأموناً لأجل الشرط أو لا تسقط ؛ لأن الحق للغرماء قولاً لابن العطار وابن الفخار ؟ قيل : يكلفهم إثبات ملكه لما يباع .

ابن عبد السلام : وإنما يتم هذا إذا قيل : إن القاضي لا يمكن الغرماء من أخذ ما وجد في حانوته أو داره من العروض التي تصلح للرجال وللرجال والنساء ، وظاهر المذهب أنه يقضى من ذلك ، بل قال أهل طليطلة : إنه يهجم عليه ويؤخذ له ما يعرف أنه للرجال ، وإذا استوفى الحاكم هذا باع ماله .

والترتيب في بيعه : أن يبدأ بما يخشى فسادَه ؛ كالفواكه التي لا تبقى ، ثم بالحيوان لسرعة تغيره ولأنه يحتاج إلى الإنفاق عليه فكان من حسن النظر بيعه ، وليس المراد بقوله : (عَاجِلًا) أنه يباع في مجلس واحد ، بل عدم الإطالة ، ثم بالعروض ، ثم بالعقار .

وذكر في «البيان»^(١) خلافاً في العروض ، هل يستأني بها الشهر والشهرين كالعقار ، أو الأيام اليسيرة كالحيوان ؟

وقوله : (ويُقَسَّمُ) أي : ثمن المبيع مع ما له من ناض ، وطريق القسمة أن تعلم نسبة مال المفلس إلى مجموع الدين ، فمثل تلك النسبة يأخذ كل واحد منهم .

قوله : (ولا يُكَلَّفُ الْغُرَمَاءُ أَنْ لَا غَرِيمَ سِوَاهُمْ) نبه بهذا على مخالفة هذا للورثة ، فإنهم حكوا الاتفاق على أن الورثة يلزمون بذلك ، والفرق أن عدد الورثة معلوم للجيران والأصدقاء وأهل البلد وغيرهم ، بخلاف الدين فإنه يعسر الاطلاع عليه ، وكثيرا ما يقصد الناس التخفي به .

واحترز بقوله : (فَإِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالْدِّينِ) من غير المعروف به فإنه لا يستأني ، أي : ينتظر بقسم ماله في الفلاس والموت بالاتفاق ، وهكذا صرح به بعض من تكلم على هذا المحل ، والمعروف بالدين يستأني بقسم ماله في الموت اتفاقاً ؛ لاحتمال طروء غريم آخر ، واختلف في الفلاس ؛ ففي «المدونة» من رواية ابن وهب : لا يستأني به ، وروى غيره الاستيناء كالموت .

الللخمي : وهو أحسن ، والفرق للأول أن ذمة المفلس باقية ، فلو طرأ غريم لتعلق حقه بذمته ، بخلاف الميت لزوال ذمته ، ولأن المفلس لو كان له غريم آخر لعلم به .

(وَقَالَ أَصْبَغُ...) إلخ ، أي : إذا فلس الغريم أو مات ينادى على باب المسجد في مجتمع الناس أن فلان ابن فلان قد مات أو فلس فمن كان له عليه دين أو له عنده قراض أو ودیعة أو بضاعة فليرفع ذلك إلى القاضي .

أصبغ : وكذلك فعل عمر -رضي الله عنه- في الأسيفع .

وقوله يحتمل أن يكون عاما ، سواء قلنا بالاستيناء أو لا ، وهو الظاهر ، ويحتمل أن يريد أن هذه المنادة تقوم مقام الاستيناء .

واعلم أن قصة [الأسيفع]^(٢) إنما كانت في الفلاس ، لكن يؤخذ منه الحكم في الموت بطريق الأولى ، لكن لم يذكر في الأثر : (يُنَادَى عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ) وإنما فيه أن عمر

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٣٨١) .

(٢) في ط : الأسيفع .

رضي الله عنه قال : أما بعد ؛ أيها الناس ، فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال : سبق الحاج ، إلا وإنه قد اذان معرضاً فأصبح قد رين به ، فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم .

وقوله : (وَبِإِيعَ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةً) هكذا رواه مطرف عن مالك ، وقاله ابن القاسم وسحنون لتوقع الزيادة ، وليس هو خاصاً بالفلس ، بل في كل ما يبيعه الحاكم مما يوجبه حكمه ؛ كببيع مال اليتيم والغائب ، ولهذا جعل مدة الخيار ثلاثاً ، وإلا فيجوز في العقار الشهر ونحوه ، وفي الرقيق الجمعة ونحوها .

ابن عبد السلام : ولعل إحضار المفلس ليس بشرط في إنفاذ البيع ، وإنما هو من باب الكمال وأبلغ في قطع حجة المفلس ، وإلا فالجبر عليه مانع من بيعه ، ولو أراد الامتناع من البيع لم يكن له ذلك .

خليل : ونص في «الذخيرة»^(١) على أنه مستحب ، ولا يبعد أن يكون ذلك على الوجوب للعلة التي ذكرنا .

وقوله : (وَيُسْتَأْنَى فِي بَيْعِ رُبْعِهِ الشَّهْرَ وَالشَّهْرَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ) أي : وينتظر ، ولم أقف على الشاذ ، وتكلم المصنف على ما يباع عاجلاً وهو الحيوان ، وما يطال فيه وهو الربع وترك ما بينهما ، وهو إشارة إلى أنه ينبغي أن يوسط بينهما بحسب النظر ، وإنما قال ما قال في الربع ونحوه ؛ لأنه يتنافس في أثمانه أكثر من غيرها .

وَإِذَا اخْتَلَفَتِ الدُّيُونُ قَوْمٌ مُخَالَفُ النَّقْدِ حِينَ الْفَلْسِ وَاشْتَرَى بِمَا صَارَ لَهُ مِنْ سِلْعَتِهِ

مثاله : أن يكون للواحد عرض وللآخر طعام وللآخر نقد ، فيقال : كم يساوي عرض هذا وطعام هذا ؟ فإذا قيل : كل واحد منهما يساوي مائة ، وكان النقد مائة ؛ كان المال بينهم أثلاثاً ، واشترى لصاحب العرض بما نابه من جنس عرضه ، هذا معنى قوله : (بِمَا صَارَ لَهُ) من الصيرورة .

وفي بعض النسخ (بما طار) من الطيران ، والمعنى متقارب .

والمعتبر في هذه القيمة يوم التحاوص على المشهور ، وهو مراده بقوله : (حِينَ الْفَلْسِ) لكن تسامح في العبارة .

وقال سحنون : يقوم المؤجل منهما يوم الفلس على أن يقبض إلى أجله ، وألزم أن يقوم العين المؤجل كذلك ولا قائل به .

الباجي^(١) وصاحب «المقدمات»^(٢) : فإن تأخر الشراء حتى غلا السعر أو رخص فلا ، وإنما يكون التحاسب بينه وبين الغريم .

وقال المازري : لو تغير السعر حتى صار يشتري به أكثر مما كان يشتري له يوم قسم المال ؛ فالزائد بين الغرماء ويدخل معهم فيه ويصير كمال طراً للمفلس .

وذهب ابن الماجشون إلى هذا الفضل الذي حدث بمقتضى اختلاف السعر ، يستبد به هذا الغريم الموقوف له المال ويشتري له بما بقي له في ذمة المفلس ، بناء على ما أصله أن نصيبه ما وقف من ذلك ممن له الدين .

الباجي^(٣) : فإذا اشترى له مما عليه من السلم اعتبر في ذلك الصفات التي وصفها ، فإن وصفه بأنه جيد ، فقال ابن عبد الحكم : يشتري له أدنى تلك الصفة ، وقيل : أوسطها .

وَلَا يُدْفَعُ فِي طَعَامٍ مُسَلَّمٍ فِيهِ وَلَا عَرَضٍ ثَمَنٌ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَسْلَمَ عَرَضاً فِي عَرَضٍ

يعني : أن ما ذكره من الشراء بما صار له من سلعته إنما هو عند التشاح ، وأما إن رضي الغرماء بأن يأخذوا ما نابهم من الثمن ؛ فذلك جائز ، إلا أن يمنع منه مانع ، كما لو أسلم في طعام أو عرض .

مثاله : لو أسلم عشرين درهماً في إردبين قمحاً ، أو في ثوبين ونابه في الحصاص عشر مثلاً ؛ فلا يجوز أن يأخذها ، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفي ، ويدخله أيضاً البيع والسلف إلا أن يكون رأس المال عرضاً آخر ، كما لو أسلم عبداً في ثوبين فصح له قيمة الثوب وبقي ثوب ؛ فيجوز له أخذ تلك القيمة ، لأن حاصل أمره أنه دفع عبداً في عبد وثوب ، وإلى هذا أشار بقوله : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَسْلَمَ عَرَضاً فِي عَرَضٍ) وكذلك يمتنع في الصورة التي ذكرها المصنف إذا كان رأس المال ذهباً وأراد أن يأخذ عنه فضة أو بالعكس ؛ لأنه صرف مؤخر .

(١) «المنتقى» (٨٧/٥) .

(٢) «المقدمات» (٣٢٨/٢) .

(٣) «المنتقى» (٨٧/٥) .

وبالجملة فَأَجْرُ هذا الفصل على حكم الاقتضاءات ، فإن القاضي كأنه نائب عن المفلس ، فلا يجوز أن يدفع للغرماء إلا ما يجوز للمفلس دفعه إليهم ، ولم يجعلوا دخول القاضي رافعاً للتهمة .

وقيل : إنه رافع لها ؛ فتجوز كل مسألة منعت للتهمة .

وَإِذَا هَلَكَ نَصِيبُ الْغَائِبِ بَعْدَ عَزْلِهِ فَمِنْهُ

يعني : إن كان بعض الغرماء غائباً فعزل القاضي له نصيبه ثم هلك ؛ فمصيبته منه ، لأن القاضي كوكيله ، وحكى التونسي وابن يونس الاتفاق على ذلك .

وقوله : (فَمِنْهُ) أي فمن الغائب .

فَإِنْ ظَهَرَ غَرِيمٌ رَجَعَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا يَخْصُهُ

يعني : إذا قسم الغرماء مال المفلس أو الميت ثم ظهر غريم آخر لم يعلم به ؛ فإنه يرجع على كل واحد بما ينوبه في الحصص لو كان حاضراً ، ولا يأخذ ملياً عن معدم ، ولا متاع حي عن ميت .

واحترز بقوله : (ظَهَرَ) مما لو كان حاضراً وسكت ، فإنه لا رجوع له على من قبض من الغرماء اتفاقاً ، ومثال ما ذكره المصنف مسألة «المدونة» : إذا كان لكل واحد من ثلاثة رجال مائة غاب أحدهم ولم يعلم به وببذل المفلس مائة واقتسمها الحاضران ، فإن القادم يتبع كل واحد بسبعة عشر إلا ثلثاً .

ابن القاسم : ولو وقف نصيب غائب فضاغ ؛ لضمن الغائب للطارئ حصته ، لأنه لما وقف له صار بذلك كأنه أخذه في يده فوجب أن يرجع عليه الطارئ بحصته منه .

ابن يونس (١) : وإذا غرم للطارئ حصته من الموقوف رجع بمثل ذلك في ذمة المفلس والميت ؛ لأنه قد استحق ذلك مما وقف .

واعترض التونسي ما قاله محمد هنا بالوارث يطرأ على الوارث ، فإنه لا يضمن له ما هلك بيده إذا هلك ، والمشتري يهلك ما بيده ثم يستحق ؛ فإنه لا يضمن للمستحق شيئاً ، ويرجع المستحق بثمن المستحق على من قبضه ، أو بقيمته على من غصبه ، فيلزم في الغريم الموقوف له ألا يضمن للطارئ شيئاً ، وفرق ابن يونس بين الوارث والغريم بأن

(١) الجامع لابن يونس (٥ / ٥٢٠) .

الغريم دينه من معاوضة ، فما هلك بيده فهو منه ، لأنه ضمن بما دفع فيه ، والوارث لم يضمن في ذلك ثمناً وداه ، فوجب أن يكون هلاك ما قبض إذا هلك بأمر الله من الميت .

وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَحَقَّ مَبِيعٌ

يعني : وكذلك لو بيع بعض مال المفلس فخرج مستحقاً ، فإن المشتري يرجع على كل واحد بما ينوبه .

ونص ابن عبد السلام على أن ما استحق مما باعه المفلس قبل تفليسه كذلك .

وَلَوْ كَانَ مَشْهُوراً بِالدينِ ، أَوْ عَلِمَ الْوَرثةُ وَأَقْبَضُوا بَعْضَ الْغُرْمَاءِ ؛ رَجَعَ مَنْ بَقِيَ عَلَيْهِمْ ، ثُمَّ رَجَعُوا هُمْ عَلَى الْغُرْمَاءِ

يعني : أن ما قدمه من رجوع القادم على الغريم القابض إنما هو إذا لم يكن الورثة عالمين بالدين الباقي ، أو كان غير مشهور بالدين ؛ فإن القادم يرجع على الورثة ، أما مع علمهم فظاهر لتعديهم ، وأما مع شهرته بالدين فلاستعجالهم ، فلذلك يرجع عليهم أو على الوصي ، ثم يرجع الورثة أو الوصي بذلك على الغرماء الذين اقتضوا أولاً ، وهكذا في «المدونة»^(١) في باب المديان ، وقال في باب بعد هذا : إذا قضى الورثة لمن حضر وهم يعلمون بدين القادم ، فإنه إن وجد الغرماء معدمين رجع على الورثة بما ينوبه من ذلك ثم رجع الورثة بما أدوا من ذلك على الغرماء الأولين .

ومقتضى قوله : (فإن وجد الغرماء معدمين رجع على الورثة) أنه يبدأ بالغرماء بخلاف الأول ، وحمل اللخمي وغيره ذلك على الخلاف .

ابن عبد السلام : وهو الظاهر .

اللخمي : والقول بالبداية بالغريم أحسن ، إلا أن يكون تناول من الوصي أو الولي الأقرب بالأمر البين ؛ لأن معه ناضاً أو كان الغرماء غير ملينين أو غائبين ؛ فيبدأ بالوارث أو الوصي بالاتفاق ، انتهى .

وقال ابن يونس : بل الثاني والأول سواء ، وإنما أراد أنهم يخيرون بين أن يرجعوا على الورثة أو الوصي ، وبين أن يرجعوا على الغرماء ، وخرج بعضهم على رواية أشهب أن الورثة إذا عزلوا للدين أضعافه وباعوا ليرثوا ؛ أن السبع باطل ويفسخ ويكون لجميع الغرماء

(١) «المدونة» (٢٠٧/٥) .

إذا لم يحضروا أخذ السلعة من أيدي المشتريين ، إلا أن يشاء المشترون أن يدفعوا قيمة ما بأيديهم أو ثمنه أو بعضه إن كان قائماً .

ابن عبد السلام : وفي التخييع نظر ؛ لأن مذهب أشهب في من اشترى سلعة شراء فاسداً وقبضها ودفع ثمنها أن له أن يمسكها على سبيل الرهن حتى يأخذ الثمن الذي دفعه ، انتهى .

المازري : ولا يختلف أن الورثة منهيون عن البيع قبل الدين ، فإن فعلوا فللغرماء فسخ ذلك إن لم يقدرُوا على أداء الدين إلا بالفسخ ، وأما إن قضاه الورثة من أموالهم وأسقط الغرماء حقوقهم ؛ فالأشهر من المذهب أن البيع لا يفسخ ، لأن النهي عن البيع لحق المخلوقين وقد سقط ، ومقابل الأشهر رواه أشهب فذكر ما تقدم .

تنبيه : وقد تبين لك موافقة كلام المصنف «للمدونة» ، وعلى هذا فقوله : (وَلَوْ كَانَ) أي : الميت ؛ لأن قوله : (كَانَ مَشْهُورًا بِالذِّينِ) قسيم لقوله : (أَوْ عَلِمَ الْوَرَّةُ) وعلم الورثة إنما هو مع الموت فكذلك قسيمه ، ولأن قوله : (رَجَعَ مَنْ بَقِيَ عَلَيْهِمْ) أي : على الوارث ، والوارث إنما يكون في الموت ، وليوافق مذهب «المدونة» ، وقول ابن عبد السلام : إن المصنف هنا جمع بين [الفلس والموت]^(١) وهو خلاف «المدونة» ، ليس بظاهر .

وَإِذَا رَجَعَ عَلَى الْوَرَّةِ فَلْيَأْخُذْ مِنَ الْمَلِيِّ عَنِ الْمُعْدَمِ مَا لَمْ يُجَاوِزْ مَا قَبِضَ الْوَارِثُ بِخِلَافِ الْغُرْمَاءِ

يعني : إذا توجه الغرم على الورثة ؛ فإما أن يجدهم أملياء ، أو عديماء ، أو بعضهم أملياء ، فالأملياء يرجع على كل واحد بما ينوبه ، والعديماء لا رجوع له على واحد منهم ، وإن وجد بعضهم معدماً ؛ فإنه يأخذ من الملي الأقل من دينه أو ما قبض ، لأنه إن كان دين القائم أقل وقبضه سقط ما نابه ، وإن كان ما قبض أقل لم تلزمه الزيادة ، لأنه لو لم يقبض شيئاً لم يلزمه غرم البتة .

وقوله : (بِخِلَافِ الْغُرْمَاءِ) أي : فإنه إنما يأخذ كل واحد بما ينوبه ، والفرق تساوي الغريم الطارئ مع الغرماء بخلاف الورثة ؛ إذ لا يستحق واحد منهم ميراثاً إلا بعد قضاء الدين .

(١) في بعض النسخ : الفلس والميت .

ابن عبد السلام : وينبغي إذا علم الغرماء بالغريم الطارئ أنه يكون كالوارث ، يأخذ المولى عن المعدم ، وكذلك ينبغي في الورثة إذا علموا أن يرجع على كل بمبلغ التركة كلها إلا بما قبضه ، والله أعلم .

فرع : واختلف في طريان وارث على وارث وموصى له على موصى لهم ، فقال ابن القاسم ، ورواه عن مالك : هو كطريان غريم على غرماء ، فلا يأخذ ملياً عن معدم .

وقال أشهب وابن عبد الحكم : كطريان غريم على ورثة ، فيقاسم المولى منهم في جميع ما صار له ، كأن الميت لم يترك غيرهما ، ثم يرجعان على سائر الورثة ، وكذلك الموصى لهم حتى يعتدوا .

وإذا تلف مال المفلس ، فثالثها : **إِنْ كَانَ عَرْضاً فَمِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ عَيْناً فَمِنْهُمْ ، وَرَابِعُهَا : إِنْ كَانَ مُفْلِساً فَمِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ مَيْتاً فَمِنْهُمْ**

وقوله : (المفلس) يريد أو الميت ، ودل على حذف هذا المعطوف تفصيله في القول الرابع بين الفليس والموت ، فإن تفصيله في هذا القول يدل على أن الثلاثة المتقدمة علمت ، ويحتمل أن يكون أطلق المفلس على الحي والميت ، وذكر المصنف أربعة أقوال :

الأول : أن ضمانه من المفلس حتى يصل إلى الغرماء عيناً كان أو عرضاً ، رواه أشهب عن مالك ، وقاله ابن عبد الحكم ، واختاره اللخمي وابن عبد السلام ؛ لأن ذلك المال ماله فيبقى ضمانه منه حتى يتحقق الناقل ، ولا ناقل سوى ما تعلق به من حق الغرماء وتعلق حقهم بتلك العين أو العرض تعلق عام ، وحق المديان متعلق بأعيانها ، ومثل هذا من التعارض يوجب رجحان الإضافة للمديان ، ولأن من حق الغرماء التوفية في الكيل والوزن ، وكل ما كان قبل ذلك فهو في ضمانه حتى يوفى لهم .

الثاني : أن ضمان ذلك من الغرماء من حضر أو غاب ، ومن علم منهم ومن لم يعلم ، كان دينه عرضاً أو غيره ، ورواه ابن الماجشون عن مالك ، وقال به هو وابن المواز .

الثالث : إن كان مال المفلس عرضاً فضمنه منه ، وإن كان عيناً فضمنه من الغرماء ، قاله ابن القاسم ورواه عن مالك ، وقيد بعض القرويين وصاحب «المقدمات»^(١) بما إذا كان العرض مخالفاً لدينهم ؛ بأن تكون ديونهم عيناً أو عرضاً مخالفاً ، وأما إن كانت مماثلة

فمصيبتها منهم ؛ لأنهم يتحاصون فيها ولا يحتاجون إلى بيعها ، وأبقاه المازري وغيره على إطلاقه ، ورأوا أن الديون وإن كانت عروضاً فإنما يستحق الغرماء العروض بقيمتها من العين ، وعورض ابن القاسم في قوله : إن ضمان العين من الغرماء ، بأن المفلس لو اشترى منها سلعة بعد الإيقاف كان كماله ، ولما عورض بهذا سكت .

وأجاب المازري بأنه متعدي في التصرف ، ومن تعدى على دنانير أو دراهم فتجر فيها فربحها له ، قال : ولعله سكت استقلاً للمعارضة التي هي كالمنافضة .

والقول الرابع من كلام المصنف لأصبح ، وزاد المازري والمتيطي خامساً : أن مصيبة الدنانير ممن له الدنانير ، ومصيبة الدراهم ممن له الدراهم ، وعزي للمغيرة .

ابن عبد السلام : وقول ابن القاسم على نقله في «المقدمات» قريب منه ؛ لقوله بعد ذكر قول ابن القاسم : فتحصيل مذهبه أن ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم ؛ لأنه إنما يباع على ملكه ، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء .

ومناً الخلاف : هل الحاكم كوكيل عنه ؛ لأن الأصل استصحاب ملكه ، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء ، ولأنه لو حصل ربح لكان له وهو وكيل عنهم والمال محاز عنه وقد منع من التصرف فيه ، ولا يخفى وجه من قال بالفرق ، وهذه الأقوال إذا كان الوقف على يد حاكم ، ولو تولى ذلك الغرماء أو الورثة لكان ذلك من المديان ، والله تعالى أعلم .

وَيُتْرَكُ عَلَى الْمُفْلِسِ كِسْوَتُهُ الْمُعْتَادَةُ لِمِثْلِهِ ، وَقِيلَ : مَا يُؤَارِيهِ

أحترز بالمعتادة من التي للزينة فإنها تباع ، والشاذ لابن كنانة ، وروى ابن نافع عن مالك : أنه لا يترك له شيء ، وظاهره ولا ما يواريه ، ولكن رده ابن رشد^(١) بقول ابن كنانة ، وقول ابن كنانة هو القياس ، ورأى في المشهور أن العرف جرى باستثناء الثياب المعتادة .

ابن القاسم : وإن كان له ثياب فيها فضل عن لباس مثله بيعت .

اللخمي : يريد ويشترى دونها ، ويترك له أيضاً على المشهور - إذا اختلفت الكسوة

لولده- الكسوة لولده الصغار ، وشك مالك في كسوة زوجته ، هكذا أضاف صاحبُ «البيان»^(١) وأكثرهم الشكَّ لمالك ، وأضافه اللخمي لابن القاسم ؛ أي : شك هل سمعها من مالك أم لا ، لا أنه شك في الحكم ؛ لأن الزوجة ألزم من الولد ، فلماذا ترك للولد فأحرى للزوجة ، وقال سحنون : لا يترك لها كسوة .

اللخمي : وعلى هذا لا يترك للولد ، وهو أبين ، وحسبهم ما كان عليهم ، قال : ولا أرى أن يستأنف أيضاً لها كسوة .

قال في «البيان»^(٢) : واتفق على أنه لو كساها قبل التفليس كسوة لا فضل فيها عن كسوة مثلها وهو قائم الوجه ؛ أنه لا ينزع منها ، ويباع ثوب جمعته إن كانت له قيمة وإلا فلا ، ويباع عليه ما كان للقنية والتجارة ؛ داره ، وخادمه ، ودابته ، وسرجه ، وسلاحه . ابن القاسم : وخاتمه ، ومنع أشهب بيع الخاتم ، والأول أظهر ، ويباع مصحفه ، واختلف في بيع كتب الفقه عليه ، والخلاف في ذلك جار على الخلاف في جواز بيعها من حيث الجملة ، فكرهه مالك مرة ومنعه أخرى .

قال في «الموازية» : لا تباع في الدين ولا تورث ، ووارثه وغيره ممن هو أهل لقراءتها سواء .

ووجهه الباجي^(٣) بأن طريقه النظر وليس مقطوعاً بصحتها ، والمشهور الذي عليه الجمهور : جواز البيع .

ابن عبد الحكم : وقد بيعت كتب ابن وهب بثلاثمائة دينار وأصحابنا متوافرون حاضرون وغيرهم فما أنكروا ذلك ، وكان أبي الوصي .

المازري : وأما تكفين ولده فجار أيضاً على ما ذكرناه في ولده الحي ، وأما الزوجة فكذلك أيضاً يجري الأمر في تكفينها إذا قلنا : إنه لازم للزوج على أحد القولين على ما قدمناه من الكلام في كسوتها وهي حية ، واختلف العلماء هل تكفن بثوب أو ثلاثة ؟ قال : ويتخرج عندي على الخلاف في ثوبي الجمعة ؛ لأن التكفين في الثلاث مستحب

(١) «البيان والتحصيل» (٣٥٣/١٠) .

(٢) «البيان والتحصيل» (٣٥٣/١٠) .

(٣) «المنتقى» (٨٥/٥) .

كثوبي الجمعة ، قال : وكان شيخنا يتردد في بيع آلة الصانع كمرزبة الكمّاد ومطرقة الحداد ، قال : ويؤخذ حكمه مما تقدم ، فإن كان يسيراً ولا يصلح أن يقيم أوده إلا منه ؛ لم يبع ويصير مثل نفقة الأيام .

وَيُتْرَكُ عَيْشُهُ وَعَيْشُ زَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ نَحْوَ الشَّهْرِ .

هكذا للمالك في «الموازية» و«الواضحة» ، ولم يقيد ذلك في «الموازية» ، بل في الزكاة الثاني : يترك له ما يعيش به هو وأهله الأيام ، وحملها في «البيان»^(١) على العشرة ونحوها ، قال : وليس بخلاف للقول الذي وقع فيه الشهر ، وإنما هو على قدر الأحوال ، وما جرى عليه العرف من التقوي في ذلك المكان ، قال : والمراد بالأهل في «المدونة» أزواج المفلس ومن تلزمه نفقته من رقيقه وولده ، وأمّهات أولاده ومدبرته ، وكذلك قال المازري :

والتحقيق أن يترك له نفقة اليومين والثلاثة خوفاً من كسله أو مرضه في غده وما بعده .

وما ذكره المصنف هو المشهور ، وللمالك في رواية ابن نافع : لا يترك له شيء .

وَلَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَكْسِبَ

أي : لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ورأى اللخمي أن الصانع يجبر على التكسب ؛ لأنه على ذلك عومل بخلاف التاجر ، قال : وعلى التاجر تكلم مالك ، قال : وكذلك يجبر على العمل إذا باع منافعه ؛ مثل أن ينسخ لرجل ثياباً أو يخطط ثياباً مدة معلومة ، قال : ويفترق الجواب إذا كان محتاجاً إلى ما ينفق ، فإن الصانع يتداين لعمل ويقضي ، فإنه يبدأ بنفقته ونفقة عياله ، ثم يقضي دينه من الفاضل .

وإن باع منافعة مدة معلومة بدئ بالذي استأجره وإن أدى ذلك إلى أن يتكفف ؛ لأن منافعه صارت ملكاً لمن اشتراها فأشبه من باع سلعة ولم يسلمها حتى افتقر ؛ فإنه يسلمها وإن تكفف ، إلا أن يخاف عليه الموت فيخير الذي استأجره بين أن يسلفه ما يعيش به دون عياله حتى يتم عمله ، أو يتركه فيعمل عند غيره بمثل ذلك ؛ لأنه إن منع هلك ، ولا ينتفع المستأجر بشيء .

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٣٥٣) .

ولا يُؤَاجِرُ مُسْتَوْلَدَتَهُ بِخِلَافِ مُدَبِّرَتِهِ ، ولا يَنْتَزِعُ مَالَهُمَا ، ولا أَنْ يَعْتَصِرَ مَا وَهَبَهُ لَوْلَدِهِ
 يحتمل أن يقرأ : (ولا يُؤَاجِرُ) على البناء للمفعول ؛ أي : لا يؤاجر القاضي أم ولده ،
 لأنه لم يبق له فيها إلا الاستمتاع ، بخلاف المدبر فإنه يؤاجره عليه لبقاء الخدمة له ،
 ويحتمل أن يقرأ بجزم الراء على النهي عائدٌ على الحاكم أو على المفلس ، ويحتمل أن يقرأ
 بالنصب عطفًا على (يتكسب) وهو أقرب إلى لفظه .

ألا ترى أن قوله بعد : (ولا يَنْتَزِعُ مَالَهُمَا) وما بعده لا يصح فيه إلا النصب ، لكن يرد
 على هذا أنه لا يلزم من قوله : (أن يؤاجر أم ولده) ألا يجوز له إجارتها ، بل قد يفهم منه
 جواز الإجارة .

ألا ترى إلى قوله : (ولا يَنْتَزِعُ مَالَهُمَا) فإنه أشار بذلك إلى أنه يجوز له أن ينتزع ،
 وإنما المنع أن يجبر على الانتزاع وإجارتها لا تجوز على المذهب ، وفي معنى المدبرة المعتقة
 إلى أجل ونحوها من للسيد فيها الخدمة .

وقد نص ابن شاس^(١) وغيره على أن المدبرة يؤجرها المفلس ، وبه تعلم أن ما وقع في
 بعض النسخ (ولا مدبرة) ليس بجيد ، وما ذكره أنه لا يلزمه انتزاع مال المدبر وأم الولد هو
 في «المدونة» ، ورأها من معنى التكسب ، وهو غير لازم ؛ ولأنهم لم يعاملوه إلا على
 ملكه ، فليس لهم الجبر على انتزاع ملك الغير .

وفي سماع ابن القاسم عن مالك من حبس حبساً وشرط إن شاء المحبس عليه أن يبيع
 باع ؛ فلغرمائه أن يبيعه عليه .

صاحب المقدمات^(٢) وابن زرقون : فيخرج من هذا قول بلزوم الانتزاع ولزوم الاعتصار .

ولا يَشْفَعُ وَلَا يَسْتَسْلِفُ وَلَوْ بُذِلَ لَهُ

ولا يلزمه أن يشفع ولا أن يستسلف ولو بذل السلف له وكذلك لا يلزمه قبول هبة أو
 صدقة أو وصية ، وإنما لم يلزمه أن يشفع وإن كان في الأخذ بالشفعة ربح ؛ لأنه تسلف
 وتجرح وهو غير لازم ؛ لأنه لا تلزمه عهدة بالشفعة ، ولم يلزمه السلف ؛ لأنه استدانة
 أخرى ، نعم لو رضي أحد أن يسلف الطالب ما له على المطلوب ثم يرجع به على

(١) «الجواهر» (٦١٣/٢) .

(٢) «المقدمات» (٣٢٤/٢) .

المطلوب لم يكن للمطلوب مقال ؛ لأن المعروف إنما هو للطالب بالمطلوب إلا أن يفعل ذلك قصداً للضرر ، واختلف العلماء فيما لو باع المديان سلعة بخيار ، ثم اشتراها كذلك ، ثم حجر عليه فأراد الإمضاء في المسألتين أو الفسخ فيهما ومنعه الغرماء من ذلك ، وأجرى ذلك المازري على الخلاف في الخيار هل هو منحل أو منعقد ؟

وَلَا يَغْفُو عَنْ دَمِ الدِّيَةِ

يحتمل أن يكون منقطعاً عما قبله فيكون مجزوماً ؛ أي : لا يلزمه أن يغفو عن دم وجبت فيه الدية ؛ لتعلق حق الغرماء بها ، ويحتمل أن يكون منصوباً بالعطف ؛ أي : لا يلزمه أن يغفو عن دم وجب له ليأخذ الدية ، بل له أن يقتص ، وقد ذكر الفرعين صاحب «الجواهر»^(١) .

وقد تقدم ما يغني عن الاحتمال الثاني بقوله : (وكذلك طلاقه وخلعه واستيفاء القصاص) وعلى الاحتمال الأول يكون دم الدية مضافاً ومضافاً إليه ، وعلى الثاني يكون الدم منوناً والدية مجرورة بلام الجر .

وقال المصنف على الاحتمال الأول : (دَمِ الدِّيَةِ) ولم يقل : (دم الخطأ) ليشمل المأمومة والجائفة عمداً ونحوهما مما لا يقاد منه ، والله أعلم .

وَلَوْ وَرِثَ أَبَاهُ بَيْعَ وَعَتَقَ فَضْلُهُ ، وَلَوْ وَهَبَ لَهُ عَتَقَ .

يعني : وإن ورث المديان من يعتق عليه أباً أو غيره ، فقال ابن القاسم : يباع إن استغرقه الدين ، وإن لم يستغرقه بيع منه بقدره وعتق الباقي ، وهو معنى قوله : (وَعَتَقَ فَضْلُهُ) فإن لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه ويتملك الفاضل ، ولا يبعد استحباب التصديق به ، وخالف محمد ، فقال : لا يباع به ، قال : وهو مثل الصبي والمولى عليه ، فإنه يعتق عليهما من ورثاه ؛ لأنه يجب حفظ مال المفلس على غرمائه كما يجب حفظ مال الصبي والسفيه عليهما ، ونص أشهب أيضاً على العتق في مسألة الإرث ، وقد يقال : وهو جارٍ على المشهور ؛ أعني : أن عتق القرابة يحصل بمجرد الملك ولا يتوقف على حكم .

وأما على قول ابن القاسم فإنه يظهر إذا بنينا على أنه إنما يعتق بالحكم كما بينه بعضهم ، إلا أن يقال : من شرط العتق بالقرابة ألا يوجد هناك مانع وهو هنا قائم وهو حق الغرماء . ولو وهب للمديان قريبه لعتق عليه ، ابن القاسم : لأنه لم يوهب له ليأخذه غрмаؤه وإنما قصد به العتق .

صاحب «المقدمات»^(١) وغيره : وانظر هذا لو وهبه وهو لا يعلم ممن يعتق عليه ، وجزم ابن يونس والمازري وغيرهما بأنه يباع في الدين ؛ لأنه لم يقصد به العتق .

وفي انفكك الحجر من غير حاكم قولان

يعني : إذا قسم مال المفلس وحلف على أنه لم يكتم شيئاً ووافقه الغرماء على ذلك ، فهل ينفك الحجر من غير احتياج إلى حكم حاكم وهو قول اللخمي .

ابن عبد السلام : وهو أكثر نصوصهم ، أو لا ينفك إلا بحكم حاكم ، وهو قول القاضيين ابن القصار وعبد الوهاب^(٢) ؟

ابن راشد : والأول جارٍ على مذهب ابن القاسم في المحجور عليه لسفه أن الحجر يزول عنه برشده في نفسه من غير ترشيد حاكم ؛ لأن العلة في الحجر السفه ؛ وهو خوف إتلاف المال ، والعلة إذا زالت زال المعلوم به .

وقول القاضي عبد الوهاب جارٍ على القول المعمول به أن المحجور عليه لسفه لا يخرج من الحجر إلا بترشيد الحاكم .

الثالث : حبسه

أي : الحكم الثالث من أحكام الحجر حبس الغريم عند دعواه العجز ما لم يظهر عدمه ويثبت فقره .

قال في «المقدمات»^(٣) : ولا خلاف في هذا بين فقهاء الأمصار وقول ابن عبد السلام في جعل الحبس من أحكام المفلس نظر ؛ لأن المفلس يجب إنظاره من غير حبس ليس بظاهر .

(١) « المقدمات » (٢/٣٢٤) .

(٢) « المعونة » (٢/١٦٧) .

(٣) « المقدمات » (٢/٣٠٧) .

وَيُحْبَسُ الْمُعَانِدُ وَالْمَجْهُولُ الْحَالِ

يحتمل أن يريد بالمعانِد معلوم الملاء ، ويحتمل أن يريد من هو ظاهر الملاء ، وللغريم ثلاثة أحوال : مليء ، ومجهول الحال ، ومعدم .

والمليء ينقسم إلى قسمين المشار إليهما ؛ أعني : معلوم الملاء ، وظاهر الملاء ، ولتتكلم على كل واحد .

فأما معلوم الملاء : فمثله بأن يأخذ أموال الناس ويقعد للتجارة ثم يدعي ذهابها ، ولم يظهر ما يصدقه من احتراق منزله أو سرقة أو نحوها ، فيحبس حتى يؤدي أموال الناس أو يموت في السجن .

سحنون : ويضرب بالدرّة المرة بعد المرة ، ولو أدى إلى إتلاف نفسه حتى يؤدي أموال الناس .

ابن رشد^(١) : وليس بخلاف ، قال مالك : يضرب الإمام الخصم على اللدّ ، وأي لدّ أعظم من هذا .

عياض : ولا يؤخذ منه حميل ، إلا أن يلتزم الحميل دفع المال ، والصواب لا يؤخر ساعة إن عرف بالناض ، وإن لم يعرف به ، فقالوا : يؤخر مقدار ما يبيع عروضه فيحبسه على ظاهر الروايات وعند أكثر الشيوخ ، وقال غيره : لا يؤخر ويبيع عليه لحينه ، واختلف هل يحلف على إخفاء الناض إذا لم يكن معروفاً به ، فقال ابن دحون : يحلف ، وقال أبو علي : لا يحلف ، قال ابن زرب : إن كان من التجار حلف وإلا فلا ، وهو على الخلاف في يمين التهمة .

واختلف هل يؤخذ من هذا حميل بالمال أو يسجن حتى يبيع ؟ أما إن كان صاحب العرض ملدّاً وسأل التأخير إلى بيع عروضه ، وسأل أن يعطى حميلاً حتى يبيعه ؛ ففيه خلاف أيضاً ، ذهب كثير منهم إلى أنه يلزمه حميل بالمال في رواية أبي زيد عن ابن القاسم ، ونحوه فيمن عرف له مال غائب ليس عليه حميل ، إلا أن يخشى عليه أن يموت أو يغيب عنهم .

ابن عتاب : وهي رواية ضعيفة ، وذهب معظم الشيوخ إلى أنه يعطى حميلاً بالمال إلى أن يباع أو يسجن ، ونحوه لسحنون في كتاب ابنه .

قال أبو بكر بن عبد الرحمن : وليس للإمام أن يبيع عليه عروضه كما يبيعها على المفلس ؛ لأن المفلس قد ضرب على يديه ومنع من ماله .

ابن عبد السلام : وإذا علم يساره وجهل القاضي كونه من أهل الناض كلفه إثبات البيئة بذلك ، فإن أثبت أجلّ في بيع عروضه ، قالوا : ويؤجل في بيع ربه إن لم يكن له غيره نحو الشهرين ، ويعطى حميلاً بالمال عند أكثر الشيوخ ، وقال ابن مالك : بل بالوجه ، وقال سحنون : لا يلزمه حميل .

وأما مَنْ ظاهره الملاء ولم يعلم ملاؤه ولكن يتهم على إخفاء المال ، فقال سحنون وغيره : يسجن حتى يتبين أمره ، سحنون : ولا يؤخذ منه حميل ، وفهموه على أنه يريد حميل الوجه ، وإن طلب أخذ الحميل منه ليخرج في طلب منفعه ويرجع إلى السجن ؛ فإن عجز أخذ منه .

واختلف في قول ابن القاسم وسحنون ، فقيل : خلاف ، وقيل : وفاق .

فيحمل قول سحنون على أنه ملد ظاهر الملاء ، وقول ابن القاسم على غيره ، وأما مجهول الحال فيحبس ليُسْتَبْرَأَ أمره ، قاله مالك في «الموازية» ، وقد اختلف فيما يحمل عليه حال هذا المجهول على ثلاثة أقوال .

اللخمي : وهو المعروف من المذهب أن يحمل الغريم على اليسر من غير اعتبار لحاله ، ولا للسبب الموجب للدين .

وقال مالك في «المبسوط» : إنه يحمل على العدم حتى يقوم دليل بملائته ؛ لأنه قال : لا يحبس إلا التاجر .

وقيل : إن كان الحق عن عوض فهو على الملاء ، وإن كان عن غيره كنفقة الأب والابن فهو على العدم ، قاله ابن القاسم وأشهب وابن كنانة وسحنون ، واختلف على هذا القول هل ذلك إذا كان العوض مما يملك أم لا ؟ فحمل ابن القاسم وأشهب ذلك محملاً واحداً .

وقال ابن كنانة وسحنون : إن كان العوض مما يملك ويتمول فهو محمول على الملاء ، وإن كان مالا يُتمول كالصداق الذي هو عوض ما لا يتمول ، وكأرش الجراح فهو محمول على العدم ، وسيأتي الكلام على المعدم .

فَإِنْ سَأَلَ فِي الْيَوْمِ وَنَحْوِهِ بِحَمِيلٍ آخَرَ

أي : سأل مجهول الحال ، وهو الظاهر ، ويحتمل عوده عليه وعلى أحد قسمي

المعاند؛ أعني : ظاهر الملاء ، وفيه بُعدٌ ؛ لعود الضمير على بعض المعاند ، إلا أن يقال : إنه لم يرد بالمعاند إلا ظاهر الملاء ، لكن يبقى فيه بُعدٌ لوجه آخر ، وهو أنه قد يكون ترك النص على معلوم الملاء ، ولا يصح أن يعود الضمير في سأل على معلوم الملاء ؛ لأنه لا يؤخذ منه حميل كما تقدم .

وفي كلام المصنف ما ينبئ عنه ، ويتبين له ذلك بذكر حكم المجهول وظاهر الملاء .

أما مجهول الحال : فظاهر «المدونة» يحبس قدر ما يتلوم من اختبار حاله ، أو يأخذ عليه حميلاً .

عياض : ولم يبين هل بالوجه أو بالمال ؟ والصواب أن يكون بالوجه ، هكذا نص عليه أبو عمران وأبو إسحاق وغيرهما من القرويين والأندلسيين ولا يقتضي النظر غيره ؛ لأن هذا لم يثبت أنه مليء ولا غيبَ مالاً ، ولكن يسجن استظهاراً لكشف حاله ، فإذا أعطى حميلاً إلى مدة الانكشاف ؛ توصل بذلك إلى الكشف كما يتوصل بالسجن ، فإن ظهر وجه الشدة عليه أمكننا منه الحميل .

وحكى اللخمي عن سحنون : أنه لا يقبل عن يسجن ليثبت فقره حميل ليسعى في مصالحه خلاف لابن القاسم ، قال : وقول ابن القاسم أحسن ، إلا أن يكون معروفاً باللدن ، قال : وإذا أخذ الحميل منه ، فإن لم يحضر غرم المال ؛ لأجل اليمين اللازمة له إذا أحضره ، وإن أحضره عند الأجل ولم يظهر له مال حلفناه وسرحناه ، فإن لم يأت بحميل إلا إلى دون ما ينكشف حاله فيه ؛ فإنه يقبل منه ، فإذا أخر إلى الأجل الذي ضمنه إليه ولم يكشف من أمره شيء سجن ، إلا أن يأتي بحميل آخر إلى انقضاء الأجل .

عياض : وهذا الحميل يقضى به على صاحب الدين أن يأخذه إذا بذله الغريم .

[ابن راشد^(١)] : وإذا قبل منه الحميل ليثبت عدمه فغاب الغريم وأثبت الحميل عدم

الغريم ، فقال ابن رشد^(٢) : يغرم الحميل لتعذر اليمين اللازمة للغريم .

وقال اللخمي : لا يغرم ؛ لأن اليمين بعد ثبوت الفقر أنه لم يكتم شيئاً استظهاراً ، إلا أن يكون ممن يظن أنه يكتم .

(١) سقط من ط .

(٢) «المقدمات» (٢/٣٠٩) .

وأما ظاهر الملاء يقيم بيته بالفقر ولم ترك بيته ففي «كتاب ابن سحنون» : لا يؤخذ منه حميل ويسجن حتى تزكى بيته ، قيل : وإنما لم يقبل منه الحميل ؛ لأنه إذا ذهب لم يحلف الحميل ، إذ لا بد من يمينه أنه لا يجد قضاء .

ابن يونس^(١) : يحتمل إنما سجنه ؛ لأن ظاهره الملاء ، والبينة التي لم ترك كالعدم ، وهذا كمن تفلس ، وقال : لا شيء لي ، وأما إن سأل أن يؤخر ووعد بالقضاء ؛ فليؤخره الإمام حسبما يرجى له الملاء ، ولا يعجل عليه ، قاله ابن الماجشون .

وقال في «كتاب ابن سحنون» : وإن سأل أن يؤخر يوماً أو نحوه أخر ويعطى حميلاً بالمال ، فإن لم يجد حميلاً به سجن .

وقال ابن الماجشون في سماك عليه سنك فسأل الصبر حتى يتصيد ، قال : يصبر عليه ، ولم يشترط الحميل ، ولعله يريد أنه لا مال له ولا يجد قضاء إلا من تصيده .

خليل : وفي كلام المصنف نظر ؛ لأنه لم يقيد الحميل في المجهول باليوم كالمصنف ، وإذا أراد ظاهر الملاء ؛ فإنما نصوا على تأخيره اليوم إذا وعد بالقضاء ، وكلام المصنف لا ينبي على ذلك ، وذكر ابن راشد أن قضاة زمانه يؤخرون الغريم إذا وعد بالقضاء ثلاثاً .

فَإِنْ شَهِدَ بِإِعْسَارِهِ حَلَفَ وَأَنْظَرَ

يعني : وإن قامت البينة على أن الغريم الذي عليه الدين معسر حلف على ذلك ؛ لأن البينة إنما شهدت على العلم ، ويمكن أن يكون له مال أخفاه ، ولا خفاء أن هذا في حق مجهول الحال والمتهم .

وأما معلوم الملاء فلا تقبل منه بينة إلا بذهاب ما بيده ، نص عليه اللخمي والمازري وغيرهما بأن تقول البينة : كنا نرى تصرفه في بيعه وشرائه ونزول الأسواق ونفخته على عياله ونقص ماله .

اللخمي : وكذلك لا تقبل البينة ممن عليه دين منجم أدى بعضه ثم ادعى العجز إلا ببيان ذهاب ما بيده ، وكذلك أيضاً الرجل يطلب برزق ولده بعد طلاق الأم فلا تسمع منه البينة إلا بذهاب ما بيده ؛ لأنه بالأمس قبل الطلاق كان ينفق فهو اليوم أقدر لزوال نفقة الزوجة عنه .

وقوله : (حَلَفَ) هذه من المسائل التي يحلف فيها المدعي مع بيته ، وكدعوى المرأة

(١) الجامع لابن يونس (٤٨٦/٥) .

على زوجها الغائب بالنفقة والقضاء على الغائب .

وقوله ضابطه كل بيئة شهدت بظاهر يستظهر يمين الطالب على باطن الأمر .
قال في «المقدمات» (١): وصفة يمينه أن يحلف أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن ، وإن وجد مالاً ليؤدِّينَ له حقه ، وهذه الصفة ذكرها في «المدونة» عن الخليفتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما .

وذكرها أيضاً صاحب «الوثائق المجموعة» والمتيطي وغيرهما ، وبها أفتى ابن العطار وابن لبابة ، وذكرها ابن سهل عن جماعة كثيرة .
وإن ادعى عليه بعد أن حلف أنه استفاد مالاً لم يكن للغرماء تحليفه .

قال في «المقدمات» (٢) : وهذه فائدة زيادة قوله في اليمين : وإن وجد ليؤدين .
حكى ابن الهندي عن محمد بن إسحاق بن السليم قاضي قرطبة أن عبد الملك بن أيمن كان يزيد في اليمين الواردة عن الخليفتين وأنه يعجل الأداء ؛ لأنه قد يؤدي إليه بعد زمان طويل فيبر في يمينه ، وفي ذلك ضرر على أصحاب الدين ، ويزيد : ولئن رزقه الله مالاً وهو في سفر ليعجلن الأوبة والأداء ، ابن الهندي : وهذا كله استظهار واليمين المذكورة كافية ؛ لأنها على نية المحلوف له .

قوله : (وَأَنْظِرَ) فيه إشارة إلى الاحتجاج بقوله تعالى : ﴿فَنظِرًا إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ورد على أبي حنيفة في قوله : إن صاحب الدين يلازم الغريم ، ووجه الدليل أن الله تعالى أوجب إنظاره إلى اليسر .

تنبيهان :

الأول : قد ذكرنا أن ابن رشد والمتيطي وغيرهما نقلوا أن المذهب موافقة الخليفتين في صفة اليمين .

ابن عبد السلام : ونقل عن مالك أنه لم ير زيادة قوله : وإن وجد قضاء ليقضين . ولم أر من نقل ذلك عن مالك ، فإن ثبت فيحمل على أنه قول شاذ ، والله أعلم .
التنبيه الثاني : قد ذكرنا أولاً أننا نذكر حكم الغريم المعدم فلنذكره هنا فنقول : إن وافقه صاحب على العدم وجب إنظاره ، وإن خالفه فيما أن يدعي المطلوب أنه يعلم بعدمه أم لا؟ فإن ادعاه حلف صاحب الدين أنه لم يعرفه عديماً ، فإن نكل لم يسجن ؛ لأن نكل

(١) « المقدمات » (٢/ ٣١٢) .

(٢) « المقدمات » (٢/ ٣١٢) .

الطالب عن اليمين يقتضي أنه يعلم بعلمه .

قال ابن شعبان وغيره : وبه كان يفتي ابن الفخار ، فإن حلف رب الدين أو لم يدع عليه الغريم العلم حبس إلا أن يثبت عدمه ، وإذا حلف المطلوب ، فقال أبو عمران : يحلف على البت .

وقال غيره : على العلم ؛ إذ قد يكون ملك مالا من إرث أو هبة ولم يعلم به .

ابن راشد : وقول أبي عمران ظاهر «المجموعة» .

وأشار اللخمي إلى أن من ظاهره الفقر بنزارة حاله وصناعته كالبقال والخياط ونحوهما من أهل الصنائع التي من شأن أهلها العدم يقبل قوله في العدم ، ولا يحبس إلا أن تكون الدعوى في سير عومل عليه في صنعته ، ولا يصدق حتى يثبت ذلك .

فروع :

الأول : لو سأل الطالب أن يفتش على المديان داره ، فقال ابن سهل : شاهد الفتوى والحكم بطليطة أنه يفتش عليه مسكنه فما ألفي من متاع الرجال بيع عليه وأنصف الطالب منه ، ولا يختلف فقهاؤهم فيه ، وأنكر ذلك على أكثرهم فلم يرجعوا عليه ، وسألت ابن عتاب وابن مالك عن ذلك فأنكراه ، وقالوا : أرأيت أيضاً إن كان الذي في بيته ودائع ؟ فقلت له : ذلك محمول على أنه ملكه حتى يظهر خلافه ، فقال : فيلزم الاستيلاء به أهو للمطلوب أم لا ، وأعلمت ابن القطان بعمل أهل طليطة ، فقال لي : ما يبعد .

ابن رشد^(١) : وأراه حسناً فيمن ظاهره اللدد والمطل .

الثاني : يجب الحبس على كل من عليه حق لا مدفع له فيه ، ولم يعلم عدمه إلا من قوله ، ولم يكن ظاهره العدم كما تقدم ، فإن كان الحق على غيره وهو السبب فيه كالقاتل خطأ ، ففي سجنه قولان لسحنون وأبي عمران ، نقله ابن راشد .

الثالث : إذا شهد له قوم بالعدم وآخرون بالملاء ، ففي أحكام ابن زياد : بينة الملاء أعمل وإن كانوا أقل عدالة ، ويحبس حتى تقوم له بينة أنه عديم قبل ذلك .

قال في المقدمات^(٢) : وهو [بعيد]^(٣) .

(١) «المقدمات» (٣١١/٢) .

(٢) «المقدمات» (٣١٢/٢) .

(٣) في ط : جيد .

وقيل : إن بينة العدم أعمل وإن كانت أقل عدالة ، وقيل : يعمل على شهادة أعدلهما ، فإن تساويا سقطتا وبقي مسجوناً ، وقيل : يعمل على أعدلهما فإن تساويا أطلق من السجن .

قال في «البيان» : وهذا إنما هو إذا شهدت هذه بأنه عديم في ظاهر حاله وهذه أنه مليء في ظاهر حاله ولم يبينوا أن له مالاً أخفاه ، وأما إن شهدت بينة الملاء على إخفاء ماله ؛ لما صح أن يختلف أنها تعمل .

ابن عبد السلام : وتأمل قوله : إنه عديم في ظاهر حاله ، فلعل معناه أنهم يعلمون أنه عديم في ظاهر الحال لا مال له ظاهراً ولا باطناً .

فَإِنْ طَالَ حَبْسُ الْمَجْهُولِ أُخْرِجَ ، وَيَخْتَلَفُ بِقَدْرِ الدِّينِ

يعني : إذا لم يجد من يشهد له وطال حبسه أخرج ؛ لأنه يغلب على الظن فقره .

قال في «العتبية»^(١) : وليس على القاضي أن يكلف الغريم البينة بأنه لا مال له ، وإنما يسأل القاضي عنه أهل الخبرة والمعرفة ، فإن لم يجد له مالاً حلفه وخلق سبيله .

قال في «البيان»^(٢) : وهذا في مجهول الحال ، وأما إن حبسه للتهمة أنه أخفى مالاً ؛ فلا يكتفي إلا بالبينة .

(وَيَخْتَلَفُ) أي : الطول بقدر الدين ، وذلك بحسب اجتهد الإمام ، وهذا هو تحقيق أهل المذهب ، قاله بعض كبار الشيوخ .

ابن الماجشون : ويحبس في الدريهمات اليسيرة الشهر ونحوه ، وفي الوسط من ذلك الشهرين ، وفي الكثير الأربعة .

المازري وغيره : وكذلك يختلف الطول بحسب تجلد الأشخاص في الحبس .

واحترز المصنف بالمجهول من المليء ، فإنه يسجن أبداً إلا أن يعطي .

وَيُحْبَسُ لَوَالِدِهِ ، وَفِي حَبْسِ وَالِدِهِ لَهُ قَوْلَانِ كَالْيَمِينِ

لا إشكال في حبس الولد للأبوين ، وأما حبسهما له ؛ فمذهب «المدونة» : أنهما لا

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٤١٩) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٢٠) .

يحبسان له ، قال فيها : وإن لم أحبس الأبوين له فلا أظلم الولد لهما ، مطرف :
ويأمرهما الإمام فيما ثبت عليهما أن يقضياه ، والقول بأنهما يحبسان له لمحمد .

ولو قال المصنف : وفي حبس والديه لكان أحسن ، ولعله اعتمد على إن حرمة الأم
كالأب أو أكد .

وقوله : (كَالْيَمِينِ) تشبيه لإفادة الحكم .

ومذهب «المدونة» أنهما لا يحلفان له ، وإن أحلفهما فهو عقوق ، ولابن الماجشون في
الثمانية : أن تحليفهما مكروه وليس بعقوق فيقضى له بذلك .

وفي «الموازية» عن ابن القاسم : أنه يقضى له بذلك إلا أنه عقوق وهو بعيد ؛ لأن
العقوق من الكبائر ، فلا ينبغي أن يمكن من فعله أحد .

وقيد في «البيان» هذا الخلاف بما عدا قلب اليمين، قال : وأما إن وجبت يمين للأب على
الابن فقلبها على الأب أو تعلق بها حق الغير ؛ كما لو ادعى تلف صداق ابنته ، أو ادعى
عليه زوجها أنه نحلها نحلة وانعقد عليها النكاح ؛ فاتفق على أنه يحلف قاله ابن رشد^(١) .
ابن المواز وغيره : ويحبس أيضاً إذا امتنع من الإنفاق على ولده الصغير ؛ لأن ذلك
ليس من قبل الصغير ، وإنما القاضي هو الذي حبسه .

قال في «المدونة»^(٢) : ويحبس للولد الأجداد والأقارب .

فائدة :

اختلف الطرطوشي وعياض هل للجد من البر ما للأب ؟ فقال الطرطوشي : لا ،
 واحتج بهذه المسألة ، قال : ولم أر نصاً في ذلك للعلماء ، وقال عياض : إنه كالأب ،
 واستدل بقولهم : إنه لا يقتض منه له ، وأنه لا يغزو إلا بإذن جده .

واستدلال الطرطوشي أحسن ؛ لأن مقصوده أن لكل من الجد والأب حقاً في البر ، إلا
أن الجد أقل لهذه المسألة ، ولا يحسن استدلال عياض إلا أن لو كان قصد الطرطوشي نفي
بر الجد مطلقاً ؛ لأن غاية هذه المسائل أن تفيد أن للجد برا في الجملة ، أما كونه مساوياً
للأب فلا .

(١) «البيان والتحصيل» (١٧٤/٩) .

(٢) «المدونة» (٢٠٥/٥) .

وَيُحْبَسُ النِّسَاءُ وَيُؤْتَمَنُ عَلَيْهِنَّ مَأْمُونَةٌ أَيْمٌ أَوْ ذَاتَ زَوْجٍ مَأْمُونٌ .

يعني : أن النساء كالرجال في حبسهن والتضييق عليهن ، وقبول الحمل منهن على ما ذكر ، إلا أنهن يحبسن عند امرأة مأمونة أيماً كانت أو ذات زوج مأمون .

فرع:

قال في «المدونة» (١): ويحبس السيد في دين مكاتبه إن لد ، قيل : يريد ويحبس المكاتب في دين سيده ولا يحبس مكاتب عجز ؛ إذ ليست في ذمته .

الللخمي عن سحنون : ومن سجن في دين امرأته أو غيرها فأرادت زوجته أن تدخل إليه لتبيت عنده لم تمكن من ذلك ؛ لأن المراد من حبسه التضييق .

وقال محمد بن عبد الحكم : إذا أراد الطالب أن يفرق بين الغريم وزوجته وطلب الزوجان أن يجتمعا ؛ فذلك لهما إذا كان السجن خالياً .

الللخمي : وهو أحسن فيمن أشكل أمره هل هو في معنى اللدود ؟ وأما من علم منه اللدد فالأول أحسن ، وكذلك من ثبت فقره وعلم بأكل أموال الناس ؛ فإنه يسجن ويضيق عليه أدباً له ، ويمنع منه ولده ومن يعز عليه ، انتهى .

وقال ابن يونس إثر قول سحنون المذكور : وقال محمد : إلا أن تشاء المرأة الدخول إليه وهي التي قد حبسته ؛ لأنها لو شاءت لم تحبسه .

ابن عبد السلام : قال ابن المراز : لا يمنع الحبوس في الحقوق ممن يسلم عليه أو يحدثه ، وإن اشتد مرضه واحتيج إلى امرأته تباشر منه ما لا يباشره غيرها وتطلع على عورته ؛ فلا بأس أن تجعل معه حيث يجوز ذلك .

ابن رشد : وقول سحنون أظهر ، ولا يفرق بين الأب والابن والإخوة في السجن ، محمد بن عبد الحكم : ولا يخرج الحبوس للجمعة والعيد .

الللخمي : وهذا يجري على قول بعض أهل العلم أن الجمعة فرض كفاية .

المازري : وعندي أن هذا لا يتخرج ؛ لأن الجمعة لها بدل وتسقط للأعذار ، وقد سقطت على أحد القولين لشدة المطر ، وقد أبيح الانتقال عن الماء إلى التيمم إذا غلا الماء ، فكذا لا يبعد أن يكون الخوف على تلف مال الغرماء بخروجه للجمعة عذراً في سقوط

فرض الجمعة ، قال : والأولى عندي ألا يمنع من ذلك إذا كان على صفة لا يلحق الغرماء ضرر .

ابن يونس^(١) وغيره : ولو مرض في الحبس لم يخرج إلا أن يذهب عقله فيخرج حتى يعود إليه عقله ثم يعاد ؛ لأنه إذا ذهب عقله لا فائدة في سجنه حينئذ لعدم علمه .

وقال في «الموازية» : واستحسن إذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو إخوته أو من يقرب إليه من قرابته وخيف عليه الموت أن يخرج بكفيل بوجهه فيسلم عليهم ثم يعود ، ولا يفعل ذلك في غيرهم من القرابات .

الباجي^(٢) : وهو استحسان ، والقياس المنع وهو الصواب عندي .

ابن عبد الحكم : ولا يخرج لحجة الإسلام ، ولو أحرم بحجة أو عمرة فيقام عليه بالدين حبس ويبقى على إحرامه ، ولو ثبت عليه الدين يوم نزوله بمكة أو منى أو عرفة استحب أن يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج ثم يحبس بعد النفر الأول ، ولا يخرج ليغير على العدو ، إلا أن يخاف عليه الأسر أو القتل بموضعه فليخرج إلى غيره ، وإن قذف أخرج لإقامة الحد ، ويحبس الوصي فيما على الأيتام من دين إذا كان لهم في يده مال وكذلك الأب .

الرَّابِعُ : الرَّجُوعُ إِلَى عَيْنِ الْمَالِ بِشُرُوطٍ

الرابع من أحكام الحجر على المفلس رجوع الطالب إلى عين ما خرج من يده من طعام أو حيوان أو عروض ، أما في الموت فهو أسوة الغرماء ، ورأى الشافعي أنه أحق فيهما ، ولما في «الموطأ»^(٣) عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه عليه الصلاة والسلام قال : «أما رجل ابتاع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه ؛ فهو أحق به ، فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء» ، وهو وإن كان مرسلًا هنا فقد وصله أبو داود^(٤) من طريق إسماعيل [بن عياش عن الزبيدي عن الزهري

(١) الجامع لابن يونس (٤٨٨/٥) .

(٢) «المدونة» (٢٠٦/٥) . (٣) أخرجه مالك (١٣٥٧) .

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٢٢) وابن ماجه (٢٣٦١) والطبراني في «الأوسط» (٨٢٥٤) وصححه

الألباني - رحمه الله - .

عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة ، والزبيدي حمصي^(١) وحديث إسماعيل عن الشاميين صحيح .

فإن عورض هذا بما رواه أبو داود^(٢) أيضاً عن ابن أبي ذؤيب عن أبي المعتمر عن عمر ابن الحارث قال : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا أفلس ، فقال : لأقضين فيكم بقضاء رسول الله ﷺ : من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحق به .

أبو داود : أبو المعتمر لا نعرفه ، فإن قيل : قد ذكره ابن حبان في «الثقات» ، قيل : هو مختلف فيه ، فيرجح الأول لعدم الاختلاف فيه .

قوله : (عَيْنِ الْمَالِ) يشمل الدنانير والدرهم ، وهو قول ابن القاسم قياساً للثمن على المثلون خلافاً لأشهب ؛ لأن الأحاديث إنما فيها إذا وجد سلعته أو متاعه ، والنقدان لا يطلق عليهما ذلك عرفاً ، ويمكن أن يقال : بناء على أن الدنانير والدرهم هل تتعين أم لا .
فرع :

واختلف إذا أحاله بدين على غريم باع له سلعة ففلس المشتري المحال عليه بالثمن ، هل يكون المحال أحق بالسلعة المبيعة ؛ لأنه كالوكيل عن صاحبها ، وهو اختيار ابن المواز أم لا ، وهو قول أصبغ .

منها : ألا [يغرمه] ^(٣) الغرماء [من مال المفلس] ^(٤) ولا يدفعوه من أموالهم ، وقيل :
أما من أموالهم فلا .

لما ذكر أن للرجوع شروطاً شرع في بيانها وذكر ثلاثة شروط :

الأول : ألا يفدى الغرماء بأن يدفعوا له ثمنها من مال المفلس أو من أموالهم ، فإن فعلوا ذلك فلا مقال للبائع ولا للمفلس ، وهذا مذهب «الموازية» .

ابن الماجشون : زاد في «الموازية» أو يضمنون الثمن وهم ثقة أو يعطونه حميلاً ، والقول بأن ذلك ليس لهم من أموالهم لابن كنانة .

(١) سقط من ط .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٢٣) والبيهقي في «الكبرى» (١١٠٣٦) ، وضعفه الألباني - رحمه الله - .

(٣) في ط : يقدمه .

(٤) سقط من ط .

ولأشهب ثالث : ليس لهم بالثمن حتى يزدوا على الثمن زيادة يعطونها من دينهم وتكون السلعة لهم غماؤها وعليهم ثاؤها ، ومذهب «المدونة» أن نماء السلعة للمفلس ومصبتها منه .

وقال ابن الماجشون : الريح والنماء له والخسارة على الغرماء .

وقال ابن وهب : إن لم يرض المفلس بفدائها فثاؤها له ؛ لأنها على ملكه وهلاكها منهم .

وقال ابن الماجشون : لأنه تبرأ منها للبائع في دينه ، وإن رضي فيكون غماؤها له ومصبتها منه .

فرع :

إذا تبرع إنسان بقضاء ما على غيره أجبر الطالب على أخذه إذا كان قصد الدافع التخفيف عن عليه الدين ، ولم يقصد هبة صاحب الدين .

وقال الشافعي : لا يجبر ؛ لأن ذلك هبة ، ولا يجبر أحد عليها ، كذا أشار المازري في نقل المذهبين ، فانظره .

وَلَوْ قَبَضَ بَعْضُ الثَّمَنِ فَلَهُ رَدُّهَا وَأَخْذُهَا إِلَى الضَّرْبِ بِالْبَاقِي

كما لو باعه داراً بألف وقبض منها خمسمائة ، فإما أن يتركها أو يحاصص بالخمسمائة الباقية ، وإما أن يرد الخمسمائة ويأخذ داره .

فإن تعدد المبيع ؛ كما لو باع عشرين ديناراً فاقتضى من ثمنهما عشرة وباع المشتري أحدهما وبقي الآخر عنده وفلس ، فأراد البائع أخذ العبد الباقي منهما ، فليس له أخذه إلا أن يرد من العشرة التي اقتضاها خمسة ؛ لأن العشرة الأولى كانت مقبوضة عليهما .

وهذا إذا كانت قيمتها متساوية ، وإلا فمن العشرة المقتضاة أولاً عليهما ورد حصّة الباقي ، وهذا هو المشهور ، وتأول الباجي^(١) «الموطأ» عليه ، وتأول أبو جعفر بن رزق «الموطأ» على ظاهره ، وأن البائع لا يأخذ ما وجد من السلع إلا أن يرد جميع ما قبض ، ونص «الموطأ»^(٢) : وإن كان المشتري قد باع بعضه وفرقه ، فصاحب المتاع أحق به من الغرماء ، لا يمنعه ما فرق المتاع منه أن يأخذ ما وجد بعينه ، فإن اقتضى من ثمن المتاع شيئاً

(١) «المتقى» (٩٢/٥) .

(٢) «الموطأ» (٦٧٩/٢) .

فأحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء ؛ فذلك له .
ونسب الغزالي للمالك أن قبض شيء من الثمن فوت يمنع البائع من الرجوع في سلعته ،
وأنكره المازري ، وحمله على أنه فهم ذلك من دليل الخطاب في الحديث الذي رواه مالك
في «موطئه» حيث قال فيه : « ولم يقبض البائع من ثمنه شيئاً » ، فعزاه إليه ، ونسب ابن
عبد السلام مثل ما نسب الغزالي «للموطأ» لأبي زيد .

وَلَوْ أَخَذَهَا فَوَجَدَ بِهَا عَيْباً حَادِثاً فَلَهُ رَدُّهَا وَيُحَاصُّ ، أَوْ حَبَسَهَا وَلَا شَيْءَ لَهُ

يعني : ولو أخذ البائع سلعته فاطلع فيها على عيب حادث عند المفلس ، فالبائع مخير
إن شاء ردها وحاصص بمجموع ثمنها ، وإن شاء تمسك بها .

واعلم أن العيب إما أن يكون سماوياً أو بسبب المشتري أو بسبب أجنبي ، فالحكم في
السمائي كما ذكره المصنف على المشهور .

ولمالك في «مختصر ابن شعبان» في الأمانة تعيب : يخير البائع إن شاء أخذها بقيمتها
وإلا ردها وحاصص .

المازري : قال بعض أشياخي : معنى قوله : (أخذها بقيمتها) أنه يحط من الثمن ما
نقص العيب ، قال : ويحتمل أن يريد أنه يأخذها بقيمتها على ما هي ويحاسب بذلك من
الثمن .

وخرج بعض الشيوخ قولاً بالفوات إذا اشترى عبداً فهرم عنده ثم فلس ، أو صغيراً
فكبر من أحد القولين أن ذلك يمنع الرد بالعيب ، وإن كان ذلك من فعل المشتري ، كما لو
أخلق الثوب ، فلمالك في «الواضحة» ما ذكره المصنف .

وقال ابن الماجشون : إلا أن يكون الثوب بلي بلاء فاحشاً فذلك فوت .
وحمل اللخمي قوله على الخلاف .

وقال اللخمي والمازري : والقياس فيما كان بسبب المشتري أن يكون كجناية أجنبي
بحسب النقص ، وذكر أن الحكم في جناية الأجنبي أن للبائع أخذ سلعته بمقدار ما بقي
منها بعد الجناية من قيمة الذاهب بنسبة ذلك من الثمن ، فإن كانت الجناية النصف ؛ خير
في أخذها بنصف الثمن ، [ولو] (١) أخذ المشتري لها أرشاً ، فإن عادت إلى هيئتها من غير
نقص فكما ذكر المصنف ، وأجراه اللخمي مجرى الغالب ، وإلا حسب النقص .

فَلَوْ حَاصٌّ لِعَدَمِهَا ثُمَّ رُدَّتْ بِعَيْبٍ ؛ فَلَهُ رَدُّ مُحَاصَّتِهِ وَأَخْذُهَا ، وَقِيلَ : حُكْمُ مَضَى

يعني : فلو حاص الغرماء لأجل عدم سلعته ؛ لأنه لم يحاصص إلا ظاناً أنه لا يجد سلعته فقرر لذلك ، وهذا قول ابن القاسم في «العتبية»^(١) وهو المذهب .

والقول الثاني ليس منصوباً وإنما هو اختيار اللخمي ، وأخذه هو والمازري من قول ابن حبيب : فيمن اشترى سلعة ، ثم باعها ، ثم اطلع على عيب فرجع بقيمته ، ثم ردت السلعة عليه ؛ أنه لا يردها على الأول ، لأن رجوعه حكم وقع فلا يرد .

وقد يجري على الخلاف في الرد بالعيب هل هو نقض للبيع من أصله فتنتقض المحاصة ، أو ابتداء بيع فلا تنتقض ، والله أعلم .

وَمِنْهَا : انْتِقَالُ الْمُعَوَّضِ

يعني : ومن شروط الرجوع في عين السلعة ألا يحدث ما ينقلها عن الغرض المقصود منها .

[وفي بعض النسخ]^(٢) : ومنها عدم انتقال المعوض [فيصح على حذف مضاف أي عدم انتقال الموضع]^(٣) .

فَلَوْ طُحِنَتِ الْحِنْطَةُ ، أَوْ خُلِطَتْ بِمُسَوِّسٍ ، أَوْ عُمِلَ الزُّبْدُ سَمْنًا ، أَوْ فُصِّلَ الثَّوْبُ ، أَوْ ذُبِحَ الْكَبْشُ ؛ فَاتَ

أي : فات الرجوع ، وهذه مسائل وقعت في المذهب منصوبة كما ذكرها المصنف ، وحكم فيها بالفوت ؛ لأن الحنطة إذا طحنت والزبد إذا عمل سمناً يزول عنهما اسم الحنطة والزبد وسمياً دقيقاً وسمناً يزول عنهما الغرض المقصود ، وكذلك أيضاً يزول المعنى المقصود إذا خلط الطيب بمسوس أو ذبح الكبش ، وليس دبغ الجلد فوت على المشهور ، خلافاً لابن وهب في أحد قوليّه .

وعلى هذا المعنى الذي أشرنا من اعتبار الغرض المقصود به الإمام فيما رواه مطرف عنه لما سئل عن اشترى ثياباً فقطعها ، فقال : لا أدري ، لكن إن اشترى جلوداً فقطعها نعالاً

(١) «البيان والتحصيل» (٣/٤٣٩) .

(٢) في ط : أو في بعضها أي .

(٣) سقط من ط .

أو خفافاً فذلك فوت ، فلم يقف في قطع الجلد نعالاً لما كان الغرض في الجلد خلاف الغرض في النعال ، وأشكل الأمر بالنسبة إلى تفصيل الثياب .

وحكى المازري عن بعض الشيوخ : أن خلط النقي بالمغلوث ، والجديد بالمسوس لا يمنع البائع من الرجوع ويقومان ويكون البائع أحق بما ليس له من القيمة .

وأشار المازري إلى أنه إن بنينا على أن التفليس كتنقض بيع من أصله أجزنا أخذ الشاة بعد ذبحها ، والقمح بعد طحنه ، والزبد بعد كونه سمناً ، وإن قلنا : إنه هو ابتداء بيع ، منعنا ذلك كله .

وأجري على هذا الأصل ما إذا باع رطباً ثم ييس ، فقال مالك : لا يجوز أخذه ، وقال أشهب بجوازه .

وأما إذا باع عبداً فأبق عند المشتري ثم فلس ، فذهب أصبغ إلى أن بئعه ليس له طلبه ، وترك المحاصة بناء على أن الأخذ من المفلس كابتداء بيع ، وذهب ابن القاسم وأشهب إلى جواز طلبه .

واختلف إذا لم يجده ؛ فقال ابن القاسم : ليس له الرجوع إلى المحاصة لأنه تركها ، وقال أشهب : له الرجوع إليها .

والمسوس بكسر الواو المشددة .

فَلَوْ لَمْ يَتَّقِلْ لَكِنْ انْضَمَّتْ إِلَيْهِ صَنْعَةٌ أَوْ عَيْنٌ أُخْرَى ؛ كَنَسَجِ الْغَزْلِ ، وَبِنَاءِ الْعَرَصَةِ شَارَكَ بِقَدْرِ قِيَمَتِهَا مِنْ قِيَمَةِ الْبُنْيَانِ

يعني : فإن لم يتقل الغرض ولكن انضمت إلى المبيع صناعة أو عين أخرى ، ونسج الغزل مثال لما انضمت إليه صناعة ، وبناء العرصة مثال لما انضمت إليه عين أخرى .

واكتفى المصنف بكيفية المشاركة في بناء العرصة عن كفيته في النسج .

وما ذكره من كيفية المشاركة نحوه في «الموطأ»^(١) ، فقال : إذا كانت قيمة المجموع ألفاً وخمسمائة وقيمة البنيان ألف درهم ، لصاحب البقعة الثلث ولصاحب البنيان الثلثان ، مالك : وكذلك الغزل ، ونحوه لابن حبيب ، وقاله أصحاب مالك كلهم .

(١) «الموطأ» (٢/٦٧٩) .

ابن القاسم في «المدونة» : ولا يقوم البناء خاصة ، وإنما يقوم المجموع يوم الحكم .

وعورضت هذه المسألة عن استحق أرضه بعد أن بناها المستحق منه ، فإن مالكا نص على أن للمستحق أن يعطي قيمة البناء وتكون الأرض والبناء له ، فلم لا يجعل البائع هنا كذلك ، وأجاب المازري بضعف أمر المشتري في الاستحقاق ؛ لأنه أخطأ في اعتقاده وبني في أرض لا يملكها في باطن الأمر ، بخلاف المشتري في التفليس فإنه بني في أرض مملوكة ظاهراً وباطناً واستشكل ابن راشد عدم الفوات في الغزل ، قال : لأنه لا يسمى بعد النسيج غزلاً وإنما يسمى ثوباً أو رداء ، كما أن الثوب إذا فصل سمي قميصاً أو سراويل .

وأجاب ابن عبد السلام بأن المصنف لم يجعل المقتضى للحكم فيما تقدم هو انتقال الاسم ، وإنما جعله انتقال الغرض ، وقد انتقل هناك ولم ينتقل هنا .
بعض الشيوخ : ويشبه أن يكون النسيج فوتاً .

ابن عبد السلام : ذكر ذلك بعضهم قولاً لابن القاسم ، وعلى المشهور فالشركة في مسألة النسيج بين البائع والمشتري بقيمة النسيج وقيمة الغزل ، واختلف المذهب فيمن اشترى أرضاً فبنى فيها ثم اطلع على عيب ، هل يكون بناؤه فوتاً يمنع من الرد بالعيب ويوجب أخذ قيمة العيب ، أو ليس بقوت ؟ فأشار بعض الشيوخ إلى ترجيح الخلاف في مسألة الفليس من مسألة العيب ، وأشار غيره إلى الفرق بأن مسألة العيب وجد فيها تدليس من البائع وتفريط أوجب رجحان حق المشتري عليه ، وذلك مفقود في مسألة الفليس .

فَأَمَّا لَوْ [خَلَطَهُ] ^(١) بِمِثْلِهِ فَلَهُ مَكِيلَتُهُ

أي : في الجودة والرداءة ، كما لو خلط قمحاً أو زبيباً أو عسلأً بمائله ، وشمل قوله : (خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ) العين ، وهو المذهب خلافاً لأشهب كما تقدم .

ابن القاسم : وإن خلطه بشيء اشتراه من آخر كان أحق به ويتحاصا فيه .

وَيَأْخُذُ الْوَلَدَ بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ وَالْغَلَّةِ

يعني : وإذا أراد البائع أخذ سلعته فإنه يأخذ ولد الأمة أو غيرها من الحيوان ؛ لأنه كالجاء منها ، بخلاف الثمرة والغلة فليس له أخذهما لأنهما من الخراج التابع للضمان .

وعطف المصنف الغلة على الثمرة من عطف العام على الخاص ، ويحتمل أن يريد

(١) في ط : خلط .

بالغلة ما ليس قائم العين ، ومراد المصنف بالثمرة والغلة ما انفصل قبل ذلك ولم تكن الثمرة مأبورة يوم التبائع ، أما إن كانت مأبورة فيستثنيه بقوله : (إلا صوفاً...) إلخ .

وأما إذا لم ينفصل ؛ فالمشهور أن البائع يأخذها مع الأصول ولو ييسر ما لم تجز ، بخلاف الشفعة فإنه يأخذها الشفع ما لم تيسر ؛ لأنها ما دامت معلقة بالأصول كأغصان الشجر ، والشاذ وقع لابن القاسم وغيره ؛ لأنه لا يأخذها إذا أبرت .

واتفق في الصوف أنه يأخذ قبل الانفصال ، والفرق على الشاذ بينه وبين الثمرة : أن الصوف يكون للمشتري بمجرد العقد ، والثمرة المأبورة لا تكون له بمطلق العقد .

وفي «البيان»^(١) : إن اشترى الأصول ولا تمر فيها ، أو فيها تمر لم يؤبر ثم فلس فأربعة أقوال :

أحدها : أن البائع أحق بالثمرة ما لم يؤبر ، وذلك يتخرج على قول أصبغ بالرد بفساد البيع ، لأنه إذا قال فيه : إن الثمرة تبقى للبائع وإن لم تطب إذا كانت قد أبرت فأحرى أن تبقى للغرماء .

والثاني : أن البائع أحق بها ما لم تطب ، وهو قول ابن القاسم في «العتبية» .

والثالث : أنه أحق بها ما لم تيسر .

والرابع : أنه أحق بها ما لم تجز ، وهو نص ما في «المدونة» .

إِلَّا صُوفًا عَلَى ظَهَرِهَا ، أَوْ لَبَنًا فِي ضُرُوعِهَا ، أَوْ ثَمَرَةً كَانَ اشْتَرَطَهَا الْمُبْتَاعُ مَأْبُورَةً

لما ذكر أن البائع لا يرجع في الغلة استثنى من ذلك الثمرة المأبورة إذا اشترطها المشتري والصوف التام ، وهذا هو المشهور ، خلافاً لأشهب في قوله : إنه لا يرجع فيهما لأنهما من الغلات .

ووجه المشهور أنه إذا كان الصوف تاماً والثمرة مأبورة يصيران مقصودين فلهما حصة من الثمن فيكون بمنزلة من باع سلعتين ، وعليه فلو باع المشتري الصوف وأراد البائع أن يأخذ الغنم نظر كم قدر الصوف من الرقاب لا إلى ما باعه به ، ويأخذ الغنم ويحاص الغرماء بما يخص الصوف ، وقاله ابن القاسم في «العتبية»^(٢) و«الموازية» و«الواضحة» .

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٤٦) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٤٦) .

وما ذكرناه من اعتبار الإبرار هو المشهور ، وقيل : بالإزهار ، وقال يحيى : إن جذه تمراً رد ملكيته وإن جذه رطباً رد قيمته وله أجر سقيه وعلاجه .

قال ابن حبيب : ليس له ذلك ؛ لأنه إنما أنفق على ماله وضمانه منه .

وتعقب ابن يونس^(١) كلام يحيى وقال : إنما يصح بالرد بالعيب ، وأما التفليس فإذا فاتت الثمرة مضت بما ينوبها من الثمن وحاصص البائع بذلك الغرماء كما نص عليه ابن القاسم في الصوف .

وجعل المصنف اللبن إذا كان في الضرع كالصوف التام تبعاً لابن شاس وفيه نظر ؛ لأنه نص في كتاب العيوب من «المدونة» على عدم رده في العيب ، وإن كان في الضروع يوم التبائع لحفته .

وهو ظاهر ما في التفليس منها ؛ لأن فيها : وأما ما كان منها من غلة أو صوف جزه ، أو لبن حله ؛ فذلك للمبتاع ، وكذلك النخل يجنى ثمرها فهو كالغلة ، إلا أن يكون على الغنم صوف قد تم يوم الشراء ، أو في النخل تمر قد أبر ، واشترط ذلك التمر فليس كالغلة .

فحكم أولاً بأن الصوف والغلة للمبتاع ثم لم يستثن إلا الصوف التام والثمرة المأبورة ، ولا يقال : إنما نص على عدم الوجوب في الرد بالعيب لا في التفليس ؛ لأنه لا فرق بين البابين ، ولأن تعليقه بالخفة يدخل البابين ، وخفة اللبن أجاز مالك في غير «المدونة» لبناً معجلاً بشاة لبون إلى أجل .

عبد الحق^(٢) : ولا يلزم عليه جواز جزء صوف معجلة بشاة عليها جزء صوف إلى أجل ؛ لأن الصوف كسلعة فيكون كصوف بصوف إلى أجل وزيادة .

وقول المصنف : (أَوْ ثَمَرَةً كَانَ اشْتَرَطَهَا) لأن المأبورة لا تدخل إلا بالشرط كما تقرر في البيوع .

واحترز بالمأبورة من غيرها ، فإنها لا حصة لها ، وللبائع أخذها إذا كانت باقية مع أصولها ، وأما إن جُذَّت أو جز الصوف ، فقال المازري : المشهور أن الصوف إذا جُزَّ وكان قائماً بعينه يرد مع الغنم ، وأما الثمرة فلا ترد مع الأصول إذا جُذَّت ولو كانت قائمة ،

(٢) « النكت والفروق » (١٦٩/٢) .

(١) الجامع لابن يونس (٥٤٣/٥) .

ولكن يحاصص بما ينوبها من الثمن ، قال : والفرق بينهما وأقصى ما يتصور أن الثمرة لو أخذها بعد الجذُّ لكان كمن اشترى رطباً وأخذ عنه تمرّاً يابساً ، لاسيما إذا قلنا : إن ردها في الفلس كابتداء بيع .

فَإِنْ يَبَسَتْ الثَّمَرَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ؛ فَفِي رُجُوعِهِ قَوْلَانِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ نَقَضَ أَوْ بَيَعَ ثَانٍ
يحتمل بأن يبيع الثمرة وحدها بعدما أزهى وحل بيعه ، فإن فلس المشتري قبل يسه كان للبائع أخذه ، وإن فلس بعد ما ييس فقولان :

الأول في «العتبية» وبه أخذ أشهب : أنه أحق به ؛ لأنه مجيز سلعته .
والثاني لمالك ، وبه أخذ أصبغ : أنه يحاصص ولا يكون أحق بها ؛ لثلا يؤدي إلى بيع الرطب بالتمر .

وقوله : (بِنَاءً...) إلخ ، فإن قلنا : إنه نقض للبيع من أصله كان أحق ، وإن قلنا هو ابتداء بيع لم يجز ؛ لما ذكرنا من بيع الرطب بالتمر .

ومشى ابن راشد وابن عبد السلام كلام المصنف على هذا الوجه ، وهو الذي يؤخذ من «الجواهر»^(١) ، ويتخرج على هذا الخلاف إذا باعه زبداً فصار سمناً ، أو قمحاً فطحنه ، وذكر ذلك المازري .

وقد تقدم ذلك من كلام المصنف أنه يفوت بذلك .
ويحتمل أن (أل) في (الثَّمَرَةُ) للعهد ؛ أي : فإن ييس الثمرة التي اشترطها المبتاع مأبورة .

وقد ذكر الباجي^(٢) القولين ، فقال : إن فلس المبتاع قبل أن تجذ فهو أحق بالأصل والثمره ما لم تجذ قاله مالك ، وقال أيضاً : ما لم تيس .

ابن القاسم : والأول هو القياس ، والثاني استحسان وهو أحب إليّ ، وكذلك ذكر في «البيان»^(٣) هذين القولين وزاد ثالثاً أنه أحق بها مطلقاً ؛ أي : وإن جذت قبل .

(١) «الجواهر» (٢/٦٢٠) .

(٢) «المنتقى» (٥/٩٥) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٤٨) .

ويحتمل أن تكون (أل) في (الثمرة) للجنس فتشمل الصورتين ؛ أي : المشتراة مفردة أو مع أصولها .

وفي بعض النسخ عوض (فَإِنْ يَبُسَتْ الثَّمَرَةُ) (فإن لم تيسر) .

ابن عبد السلام : وفيها قلق ، إلا أن يقال : إنه أراد مسألة ما لو اشترى النخل ولا تمر فيها أو فيها تمر لم تؤبر ففلس المشتري وقد طاب الثمر ، فقال ابن القاسم : هو للغرماء ، وقال مالك : ذلك للبائع ما دام في رؤوس النخل .

لكن تنزيل هذه الصورة على كلام المصنف بعيد ، ولاسيما الأصل الذي بنى عليه القولين ، انتهى .

ولأن مقتضاه أن الثمرة إذا يبست لا يكون أحق بها بالانفاق ، ولأن القول بأنه لا يكون أحق بها قبل اليبس لم أره .

وَيَأْخُذُ بَعْضُ الْمَبِيعِ وَيُحَاصُّ بِمَا يَخْصُ الْفَائِتَ مِنَ الثَّمَنِ

يعني : إذا باع سلعتين أو أكثر ثم فلس المشتري بعد ذهاب بعض السلع ، فإن البائع يحاص بما يخص الفائت ، وله أن يرجع فيما وجد .

محمد وأصبغ : إلا أن يدفع له الغرماء ثمن الباقي من السلعتين من مال المفلس أو أموالهم ، واختلف هل يكون أولى بثمنها حتى يستوفي من ثمنها ما فدوها به أو يدخل معهم فيها بثمن الفائت لأنهم كأنهم أسلفوا للمفلس ثمنها سلفاً .

التونسي : وهذا القول الأخير كقول ابن القاسم .

ابن يونس^(١) : وهو ظاهر قول مالك .

التونسي : والأول اختيار محمد ، وذلك لأنهم حلوا محل أصحابهم في الاختصاص بها ، فلا يكون له أن يحاصصهم إلا بما فضل عما فدوها به ، وفي بقية مال المفلس .

ابن عبد السلام : وما ذكره المصنف بين إن قلنا : إن رد السلعة في الفلس كابتداء بيع ، وأما على القول بأنه نقض للبيع ؛ فينبغي أن يفصل في السلعة الفائتة بين أن تكون وجه الصفقة أو لا ، ويسلك في ذلك مسلك استحقاق بعض المبيع .

ورَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ : وَلَوْ وَلَدَتِ الْأُمُّ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ بَاعَ الْوَلَدُ لَمْ تَكُنْ لَهُ حِصَّةٌ ، وَقِيلَ : كَسَلِعَتَيْنِ ، وَلَوْ بَاعَتِ الْأُمُّ فَكَسَلِعَتَيْنِ ، قَالَ سَحْنُونٌ : مَا أَدْرِي مَا هَذَا

حاصله : إن مات الولد أو الأمة فليس للبائع إلا أخذ الباقي بجميع حقه أو تركه والمحاصة ، وأما إن باع أحدهما ، فإن باع الولد ؛ فالمشهور : أن ذلك كموته ، وإن باع الأم فكسليعتين ، فله أن يأخذ الولد وحاصص بما ينوب الأم ، وأنكر سحنون هذا بقوله : (مَا أَدْرِي) .

اللخمي : يريد أن القياس أن يكون في البيع سواء .

وقوله : (وَقِيلَ : كَسَلِعَتَيْنِ) راجع إلى بيع الولد لا إلى موت أحدهما ؛ إذ لا خلاف في الموت ، قاله في «البيان»^(١) .

ومعنى (كَسَلِعَتَيْنِ) أي : كبيع سلعتين ، ثم وجد إحداهما فيكون له أخذ الأم والاتباع بما يخص الولد من الثمن يوم البيع ، وهذا منقول عن مالك وابن القاسم ، قال المازري : وهو أصل المذهب ، انتهى .

يريد : لأن الولد إذا لم يكن غلة يجب رد عينه ، وإن كانت قائماً فيجب أن يحاسب بثمرته ، ولهذا أخذ بعض محققي الأشياخ من الأول أن الولد غلة .

وزاد في «البيان»^(٢) قولاً ثالثاً : أنه لا يأخذ الأم ويحاص الغرماء بما وصل إليه من ثمن الولد ، وليس بجار على أصل .

وقوله فيها : (وَلَوْ بَاعَتِ الْأُمُّ فَكَسَلِعَتَيْنِ) هو المشهور ، فيكون للبائع أن يأخذ الولد بما ينوبه من الثمن ويحاص بما ينوب الأم ، ووقع لابن القاسم ومالك في سماع عيسى في بعض روايات «العتبية» : أنه يأخذ الولد ويحاص بقيمة الأم ، أو يترك الولد ويحاص بجميع الثمن .

قال ابن رشد^(٣) [وغيره]^(٤) : ولم يجروا في هذه المسألة على قياس .

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٤٢) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٤٢) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٤٣) .

(٤) سقط من ط .

وَلَوْ رَهْنَ الْعَبْدُ فَلَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ وَيَأْخُذَهُ ، وَيُحَاصِّ بِفِدَائِهِ وَلَا يُحَاصِّ بِفِدَاءِ الْجَانِي ؛ إِذْ لَيْسَتْ فِي ذِمَّةِ الْمُفْلِسِ

يعني : لو رهن المشتري العبد ثم فلس فللبائع أن يفديه ويأخذه ويضرب بالفداء مع الغرماء ، بخلاف ما لو جنى العبد ثم فلس المشتري فإن البائع أيضاً له أن يفديه ، لكن لا يحاص بفدائه .

والفرق بينهما ما أشار إليه المصنف أن الفداء لم يكن متعلقاً بذمة المفلس ؛ لأنه كان له أن يسلم العبد في الجناية ، بخلاف الدين في مسألة الرهن فإنه كان في ذمته .
ابن عبد السلام : مراد المصنف بقوله : (وَلَا يُحَاصِّ بِفِدَاءِ الْجَانِي) أنه لا يرجع بالجناية وإن كان نفي المحاصة أخص من نفي رجوع البائع ، ولا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم ، لكن مراده ما ذكرناه .

وَمِنْهَا : أَنْ يَكُونَ بِمُعَاوَضَةٍ مَحْضَةٍ

هذا هو الشرط الثالث ، واحترز به مما ذكر بقوله :

فَلَا يَثْبُتُ فِي النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ لَتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ الْعَوَضِ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ

يعني : ولاشترطنا المعاوضة المحضة لم يثبت الرجوع في النكاح وما عطف عليه .

ووقع في بعض النسخ (ولا يثبت) بالواو ، والأولى أحسن ؛ لأن الفاء تشعر بالسببية .

قوله : (فِي النِّكَاحِ) يريد : لأن النكاح لا يفسخ لتعذر استيفاء العوض ؛ وهو الصداق

إذا أعسر الزوج ، كما لا يفسخ البيع إذا تعذر استيفاء الثمن .

فإن قلت : أطلق المصنف في النكاح - وفيه نظر - لأن النكاح يفسخ إذا أعسر الزوج

بالصداق قبل البناء .

قيل : هذا لا يرد ، لأن المشتري هنا للبضع - وهو الزوج - لم يُقْبِضْهُ ، والكلام إنما هو

في الرجوع بعد قبض المشتري .

قوله : (وَالْخُلْعِ) أي : إذا خالعه على عشرة مثلاً ثم فلس ، فإنه لا رجوع له في

العصمة وإنما يحاصص .

خليل : الظاهر أن المقتضي لعدم الرجوع ليس هو ما ذكره المصنف من أنه ليس بمعاوضة

محضة ، بل لتعذر الرجوع ؛ وذلك لأن العصمة في الخلع لا يمكن ردها ، وكذلك البضع في النكاح ، وكذلك إذا صالح عن دم العمد بشيء ثم فلس الجاني لم يمكن العود في القصاص .

وعلى هذا ، فلو قال : ومنها إمكان استيفاء العوض ، فلا رجوع في النكاح والخلع والصلح ؛ لكان أحسن .

وينبغي أن يلحق الصلح على الإنكار ثم يفلس المنكر ، فإن المدعي يحاصص بما صالح به ولا يرجع في الدعوى ، كما قالوا : إذا صالح المنكر على عرض ثم استحق العرض ؛ فإنه يرجع بقيمته ، وقيل : يرجع إلى الخصومة .

وأما الصلح على الإقرار كما لو صالح على دار أو عرض أقر به لغريمه ثم أفلس ؛ فإنه يرجع المصالح في الدار والعرض كالبيع .

والظاهر أن الصلح على الإقرار خارج من كلام المصنف ؛ لأن الصلح على الإقرار معاوضة محضة ، وفاعل (يُثْبِتُ) عائد على الرجوع .

وفي بعض النسخ (فلا يثبت الفسخ) ومعناها متحد .

وقوله : (بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ) فإنه يرجع في منفعتها التي أجزأها لعدم استيفاء العوض .

فروع : واختلف هل تحاص الزوجة الغرماء بصداقها ؟ فالمشهور أنها تحاص به في الموت والفلس ، وقيل : لا تحاص فيهما .

وفي «الجلاب»^(١) : تحاص به في الفلس دون الموت ، وكذلك اختلف في نفقتها ، فقال ابن القاسم في النكاح الثاني : تضرب بها مطلقاً .

قال سحنون : أما إذا كان الدين مستحدثاً فتحاص ، ولا تحاص إذا كان الدين قبل الإنفاق .

وفي «الموازية» : تضرب في الفلس فقط ، وقيل : لا تضرب فيهما .

قال ابن القاسم : ولا يضرب بنفقة الولد أو الأبوين في فلس ولا موت .

وقال أشهب : يضرب للولد مع الغرماء .

وقال أصبغ في نفقة الأبوين : إلا أن تكون أخذت بحكم وتسلف وهو مليء فيضرب بها في الفلس والموت .

اللخمي : ويختلف على هذا هل يحاص بالجنايات ؛ ففي «المدونة» : يحاص بها ، وعلى القول الآخر : لا يحاص بها .

وَيَرْجِعُ الْمُكْرِي إِلَى عَيْنِ دَابَّتِهِ وَدَارِهِ وَأَرْضِهِ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِزَرْعِهَا فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ - وَقِيلَ : دُونَ الْمَوْتِ - مَعَ الْأَجِيرِ السَّاقِي ، وَقِيلَ : ثُمَّ الْأَجِيرُ السَّاقِي قوله : (وَيَرْجِعُ الْمُكْرِي إِلَى عَيْنِ دَابَّتِهِ وَدَارِهِ وَأَرْضِهِ...) إلخ ، ظاهر التصور ، وهو كالبيان لقوله : (بخلاف الإجارة) .

وهو [أحق] ^(١)؛ أي : مكري الأرض أحق بما زرع في أرضه في موت المكثري وفلسه ، وقيل : إنما يكون أحق في الفلس فقط ، وهذا الثاني هو مذهب «المدونة» ، نص عليه في آخر كتاب كراء الدور .

قال المازري : وهو مذهب مالك وأصحابه ، فكان ينبغي للمصنف تقديمه ، والأول لابن القاسم في «الموازية» .

أصبغ : ووجهه أن الزرع إنما نشأ عن الأرض فكانت كالحيازة له وحوزها كحوز صاحبها ، فكان بمنزلة من باع سلعة وفلس مشتريها أو مات وهي في يد بائعها ، ورأى في المشهور أن الزرع لما نشأ عن الأرض فغايبته أن يكون كأنه باع الطعام فيكون أحق به في الفلس فقط .

وقوله : (مَعَ الْأَجِيرِ السَّاقِي...) إلخ ، يحتمل أن يتعلق بـ (أحق) فيكون القولان في الأجير مفرعين على كل من القولين السابقين ، ويحتمل أن يتعلق بـ(بأحق) المتقدم في كلامه ثانياً ؛ أي : وقيل هو أحق في الفلس دون الموت مع الأجير الساقى ، فيكون القولان مفرعين على القول الثاني .

ويعضد هذا الاحتمال الثاني ما نقله ابن يونس : أن ابن القاسم وأشهب روى أن مكري الدابة أحق من سائر الغرماء في الفلس دون الموت ، ثم اختلفا في مكري الأرض والأجير ؛ ففي «الموازية» من رواية أشهب و«الواضحة» من رواية مطرف : أنهما يتحصان ، وروى

ابن القاسم : أن صاحب الأرض مقدم على الأجير ، ثم الأجير مقدم على الغرماء ، ويعضد الأول قول أصيغ : اختلف أصحابنا ، وأحب ما فيه إلى أن أجير الزرع ومكري الأرض يتحصان ، وأنهما يبدأان على الغرماء في الموت والفلس ، وقاله ابن الماجشون .
خليل : وهذا الاحتمال أقرب ؛ لأنه تفريع على القول الذي قدمه ، نعم يعترض عليه لتقديمه غير مذهب «المدونة» .

ومنشأ الخلاف بين القولين في تقديم مكري الأرض على الأجير ، هل الزرع متكون عن الأرض فيكون صاحبها أحق به ، أو إنما نشأ عن الأرض وفعل الأجير فيكونان متساويين ، والله أعلم .

وزاد في «البيان»^(١) قولاً بأن الأجير مقدم على صاحب الأرض ، وقولاً آخر بأنه لا تقدم لصاحب الأرض ولا للأجير على الغرماء ، بل هما أسوة الغرماء ، وعزاه للخصمي للمخزومي .

ولو عمل في الزرع أجراً واحداً بعد واحد ، فالأخير أحق من الأول ، وقيل : يقدم أكثرهما عملاً ، وقيل : يتحصان .

وَيُقَدِّمَانِ عَلَى مُرْتَهَنِ الزَّرْعِ

أي : ويقدم مكري الأرض والأجير الساقى على مرتهن الزرع ولو حازه ملك ، ثم يقدم المرتهن على سائر الغرماء ، وإنما قدما عليه لأن الزرع إنما يكون عن مال هذا وعمل هذا ، فكان أخص في الحوز ، وصاحب الحوز الأخص مقدم على صاحب الحوز الأعم ، كما لو سقطت سمكة في حجر إنسان فإنه أولى بها من صاحب المركب ، وعلى المشهور أنهما يكونان أحق من الغرماء في الفلس دون الموت ، ويكون المرتهن أحق منهما في الموت ؛ لأنهما على هذا القول كسائر الغرماء .

بِخِلَافِ الْأَجِيرِ عَلَى رِعَايَةِ الْإِبِلِ أَوْ عَلْفِهَا وَشِبْهِهِ

أي : فلا يكون أحق في الفلس والموت ، هكذا نص عليه في «المدونة»^(٢) وغيرها .
ابن عبد السلام : ولا أعلم فيه خلافاً .

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٣٩٥) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/٦٤٣) .

قوله : (وَشَبَّهَهُ) أي : كالحارس وأجير يخدمك في بيتك أو يبيع لك في حانوتك ، ولم يكن هؤلاء أحق ؛ لأن منافعهم ليس لها أعيان قائمة بخلاف الزرع .

قال في «المدونة» : ولو استأجره يدرس له بقر الأجير ففلس صاحب الأندر ؛ فصاحب البقر أحق بالأندر .

قال ابن المواز : لأن الأندر لا ينقلب به صاحبه ولا يحتوي عليه ، بخلاف صانع استصنعه في حانوتك ، فإذا كان الليل انصرف ، فهذا لا يكون أحق به في موت ولا فلس .

والصَّبَّاغُ وَالْبَنَاءُ وَالنَّسَاجُ شَرِيكَ بَقِيْمَةِ ذَلِكَ ، فَلَوْ أَقْبَضَهُ فِيمَا زَادَ ، وَيُحَاصُّ بِمَا بَقِيَ ، وَقِيلَ : بِقِيْمَتِهِ ، وَجَمِيعُ الصَّنَاعِ أَحَقُّ بِمَا أُسْلِمَ إِلَيْهِمْ لِلصَّنْعَةِ

تبع المصنف هنا ابن شاس^(١) معنى وترتيباً ، وحمل ابن عبد السلام قوله : (وَالصَّبَّاغُ وَالْبَنَاءُ وَالنَّسَاجُ) على الأجير ؛ يعني : أن المستأجر على صبيغ ثوب ، أو بناء بقعة ، أو نسج غزل إذا فلس أجره قبل قبض الأجير الأجرة ولم يكن أسلم السلعة لربها ؛ فإنه يكون مشاركاً لربه بقدر قيمة الصنعة ، ثم استشكله بأن ظاهر كلامه أن الأجير لا تكون له أجرة الصنعة ، ولا يحاصص بها الغرماء وهو بعيد من الأصول ؛ لأن الصانع لم تخرج الصنعة من يده ولم يرضَ بفسخ الإجارة فكيف يبطل حقه فيها .

وجعل ابن عبد السلام قوله : (فَلَوْ أَقْبَضَهُ) قسيماً لهذا ؛ أي : وإن أسلم الصانع المصنوع إلى ربه فقولان ، وتصورهما من كلام المصنف ظاهر ، وقاله بعض من تكلم على هذا الموضع .

وقوله : (وَالصَّبَّاغُ ...) إلخ ، محمول على ما إذا لم يسلم إليه الشيء للصنعة ، كما لو اشترى ثوباً فصبغه أو نسجه ، أو عرصة فبناها ثم فلس ، فقال ابن القاسم في «الموازية» ، ما ذكره المصنف : يكون شريكاً بقيمة الصنعة .

وكذلك لو استحق من يده بعد وضع صنعته فيه فأخذه المستحق فإنه يدفع إليه قيمة الصنعة ، قال : وإن أسلم إليه للصنعة ؛ فإذا أن يقبضه لربه ثم يفلس قبل دفع الأجرة ،

أو يبقى بأيديهم حتى يفلس ، فإن أقبضوه ، فقال ابن القاسم في «الموازية» : يكون شريكاً في الثوب بما زاد الصبغ فيه ويحاص بما بقي .

وقال في «العتبية»^(١) : يكون شريكاً بقيمة الصبغ ، وهذه الصورة الثانية التي ذكرها بقوله : (فَلَوْ أَقْبَضَهُ فِيمَا زَادَ) أي : يكون شريكاً بما زاد ويحاص بما بقي .

وقوله : (وَقِيلَ: بِقِيَمَتِهِ) أي شريكاً بقيمة الصبغ ونحوه ، واستشكل ما في «الموازية» بأن شركة الصانع لربها بما زاد والمحاصة بما بقي لا تصح على أصل المذهب ؛ لأن من اختار أخذ سلعته ناقصة لا يكون له غيرها ، وأما إن لم يقبضوه لربه فهم أحق به حتى يستوفوا جميع الأجرة .

خليل : المازري : في الفلس والموت .

ابن رشد^(٢) : واتفق على ذلك ، قال هذا القائل : وهذا الذي أشار إليه بقوله : (وَجَمِيعُ الصَّنَاعِ أَحَقُّ بِمَا أَسْلَمَ إِلَيْهِمْ لِلصَّنْعَةِ) .

وعلى هذا فلا يكون قوله : (فَلَوْ أَقْبَضَهُ) قسيماً لقوله : (وَالصَّبَّاغُ وَالْبَنَاءُ وَالنَّسَاجُ) بل قسيماً لما بعده .

ورد ابن عبد السلام هذا الوجه بأن المصنف قدمه بقوله : (فلو لم يتقل ولكن انضمت إليه صناعة أو عين أخرى كنسج الثوب أو بناء العرصة شارك...) إلخ .

فلو حمل قوله : (الصَّبَّاغُ) على المشتري للزم التكرار ، وأجاب عنه هذا القائل بأننا لم نخص قوله : (وَالصَّبَّاغُ) بالمشتري ، بل على من وضع صنعته من غير أن يسلم إليه المصنوع للصناعة ، وهو أعم من المشتري والمستحق من يده وغيرها .

وتمشية ابن عبد السلام أقرب من جهة اللفظ ؛ لأن صيغة فعال للحرفة غالباً ، لكن لا تصح من جهة النقل ؛ لأنه يلزم أن يكون الصانع إذا لم يسلم المصنوع إنما يكون له ما زادت الصناعة ، وهو خلاف الاتفاق الذي في «البيان» .

واعلم أن القولين في مسألة الإقباض مطلقان ، سواء أضاف الصانع إلى صنعته شيئاً كالصبغ ، أم لا كالخياطة ، نقل ذلك اللخمي .

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٣١) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠/٤٣٣) .

وفي «البيان»^(١) : المشهور أن الصانع إذا أسلم الصنعة ولم يكن للصانع فيها غير عمل يده أنه أسوة الغرماء ، وروى أبو زيد عن ابن القاسم : أنه أحق بعمله ، فإن شاء أخذه بأجرة ، وكان شريكاً للغرماء في المتاع المعمول بقيمة عمله فيه ، وإن شاء ترك وكان أسوة الغرماء .

وأما إن كان للصانع غير عمل يده كالصبغ يصبغ الثوب ، والفراء يفري الفرو برقاع من عنده ؛ فيتفق على أنه أحق بما خرج من يده لأنه قائم بعينه ، وأما عمل يده المستهلكة فلا يكون أحق به على المشهور ، ونحوه للمازري ، قال : وعلى المشهور إذا كانت عينه قائمة كالرقع وصقل للسيف - وهو ظاهر الروايات - أنه شريك بقيمة ماله ؛ لأنه هو المبيع وكأنه سلعة أضيفت إلى سلعة على وجه يتعذر فيها الانفصال ، فيكونان شريكين في ذلك ، وقال ابن حبيب : بل يكون شريكاً بما زاد الصانع ، وعلى أنه شريك بقيمة ماله فالمعتبر في ذلك التقويم يوم الحكم .

فإن قيل : هذا يقتضي أن نسج الثوب لا يكون الصانع به شريكاً ؛ لأنه لم يخرج من يده شيئاً ، والمصنف قد جعل النساج كالصبغ .

قيل : النساج وشبهه مستثنى عند ابن القاسم من مسألة الصانع الذي لم يخرج شيئاً ويلحق بما إذا أضاف للصنعة شيئاً ، وكأنه لاحظ في النسج قوة التأثير ، ولأصغ قول رابع ، إلا أنه لا يعلم صور المسألة ، فقال : إن كان فيه رقاع وخياطة فتوق ؛ فالأقل تابع للأكثر إذا كانت الرقاع أيسر ذلك وأكثره الخياطة فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس ، وإذا كانت الرقاع أكثر ذلك ، وهي من عنده كان أحق بها على ما تقدم ، فإن تناصف ذلك قوم كل على حدثه ، ثم يكون أسوة الغرماء في المرسوم ، ويكون بما ينوب الرقاع شريكاً ، وهذا كله على المشهور أن الصبغ ليس بفوت .

ونقل المازري عن ابن وهب في أحد قوليه : أن الرجوع يفوت بالصبغ والدباغ ، وضابطه : أن يحدث المشتري حدثاً يتميز بالنظر ولا يتميز بالفعل .

تنبيه :

قد تقرر على التمشية الثانية أن قوله : (وَجَمِيعُ الصَّنَاعِ أَحَقُّ) قسيم لقوله : (فَلَوْ أَقْبَضَهُ) وأما ابن عبد السلام ، فقال : يعني أنهم أحق في الموت والفلس ، نص على ذلك

في «المدونة» ، قال : ولا يظهر لإتيان المصنف بهذه المسألة هنا كبير فائدة فإن ما قدمه مغني عنها ، ولا سيما وهو لم يتمها كما في «المدونة» .

قال ابن القاسم : من دفع إلى صانع سواراً يعمل له ، ثم دفع إليه بعد ذلك سواراً آخر ليعملهما أو دفعهما معاً فعمل أحدهما ودفعه إلى ربه ولم يأخذ إجارته حتى أفلس ربهما ؛ فلا يكون الصانع أحق بالباقي عنده حتى يأخذ إجارته في الذي دفع ، وهو في الذي دفع أسوة الغرماء ، وهو أولى بالباقي حتى يأخذ أجرته فيه .

ابن رشد^(١) : وهذا صحيح إن كان استعماله في صفتين ، وأما إن كان في صفقة ؛ فمن حق الصانع أن يمسك السوار الذي بيده بجميع إجارة السوارين كالرهن ، قال : وهذا مما لا إشكال فيه ولا اختلاف ، قال : وقوله : (أو دفعهما معاً) غير صحيح ، وقع على غير تحصيل ، واحتج على ذلك بأشياء وقعت في مسألة أخرى متصلة بهذه المسألة تركنا ذكرها اختصاراً .

أما إن فلس ربهما قبل العمل ؛ فإن الصانع يخير بين أن يعمل ويحاصص ، وبين أن يفسخ الإجارة عن نفسه .

وَمُكْرِي الدَّابَّةِ أَحَقُّ بِمَا حَمَلَتْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا

يعني : إذا اكرت دابة ليحمل عليها شيئاً ثم فلس المكثري ، فرب الدابة أحق بما حملت دابته حتى يقبض كراءه في الموت والفلس ، زاد في «المدونة» : وسواء أسلم دوابه إلى المكثري أو كان معها ، كان رب المتاع معه أو لا ، وهو كالرهن ، ولأن على دوابه وصل إلى البلد ، ابن يونس : كأنها قابضة للمتاع كقابض الرهن .

قال في «البيان»^(٢) : ولا خلاف أن الجمال أحق إذا كان المتاع في يده ؛ لأنه كالرهن بيده ، وإن أسلم الجمال إبله إلى المكثري ففلس قبل الوصول أو عنده قبل أن يحوز متاعه ويرد الإبل ، فالمشهور وهو الذي في «المدونة» : أن الجمال أولى بالمتاع في الفلس والموت . ويتخرج في ذلك قولان :

أحدهما : أنه لا يكون أحق به في الفلس والموت .

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٥٤٩) .

(٢) «البيان والتحصيل» (١٠/٥٤٨) .

والثاني : أنه أحق به في الفلس فقط .

قال ابن القاسم في «العتبية»^(١) : والسفن كالدواب ، وأخذ ذلك جماعة من تعليه في «المدونة» مسألة الدواب ، فإن العلة فيهما واحدة .

قال في «المدونة»^(٢) : وأرباب الدور والحوانيت أسوة الغرماء في الفلس والموت ، وليسوا أحق بما فيها ، فجعل الدواب بخلاف الدور ؛ لأن ظهور الدواب حائزة لما عليها ، ولأن في حملها من بلد إلى بلد تنمية المال بخلاف الدور ، وجعل عبد الملك الدار والحانوت كالدواب فيكون ربحا أحق بما فيها .

تنبيه :

أخذ أحمد بن خالد من قوله : (ولأن على دوابه وصل) أن المكري أحق بالمتاع وإن قبضه ربه .

وقال ابن رشد^(٣) : هو بعيد في المعنى ، وإنما يكون أحق به إذا كان على ظهر دابته أو سفينته وهو بين في «العتبية»^(٤) ، وكذلك نقل ابن يونس عن «الواضحة» : أنه إنما يكون أحق ما دام المتاع بيده ، فإن أسلمه لم يكن أحق به كالصانع إذا أسلم المتاع .

خليل : ولعل أحمد بن خالد فهم من قوله في «المدونة»^(٥) : (كالرهن ، ولأن على دوابه وصل) على أنهما علتان على البدل ، وفهم غيره أنهما علة واحدة ، والله أعلم .

والمُكْتَرِي أَحَقُّ بِالدَّابَّةِ الْمُعِينَةِ وَبِغَيْرِ الْمُعِينَةِ إِنْ قَبَضَهَا

يعني : أن من اكترى دابة ، فإن كانت معينة ثم فلس مكريه أو مات فالمكترى أحق بها ، سواء قبضها أو لا .

قال في «المدونة» : كعبد اشتراه ولم يقبضه حتى فلس بائه ؛ فالمشتري أحق به ، وإن كانت غير معينة فإن لم يقبضها المكترى فهو أسوة الغرماء في الفلس والموت ، وإن قبضها فهو أحق بها ؛ سواء كان المكترى يدير تحته الدواب أم لا .

(١) «البيان والتحصيل» (١٠/٥٤٧) .

(٢) «تهذيب المدونة» (٣/٦٤٤) .

(٣) «البيان والتحصيل» (١٠/٥٤٧) .

(٤) «البيان والتحصيل» (١٠/٥٤٧) .

(٥) «تهذيب المدونة» (٣/٤٣٦) .

وهذا مذهب «المدونة» ، ولعله هو المشهور واختيار ابن حبيب .

وقال أصبغ : إنما يكون أحق بها بالقبض إذا كان لا يدير الدواب تحته ، وإن كان يديرها فليس هو أحق ، وقيل : إن المكتري لا يكون أحق في الكراء المضمون مطلقاً .

وعارض التونسي قول مالك في هذه المسألة : (أن المكتري أحق وإن كان الجمال يدير الدواب تحته) بقوله : إن الراعي ونحوه ليس هو أحق بالغنم ، ورآه اختلاف قول ، وفرق ابن يونس بأن الراعي ونحوه لم يتعلق له بعين الدواب حق ، فوجب لذلك أن يكون حقه في ذمة المكتري بخلاف الدواب ، فإن بقبضهم الدواب تعلق حقهم بها ؛ لأن ركوبهم عليها كالمعينة ، فكان كتعلق حق الصانع بعين المتاع .

وإذا جعلناه أحق في الكراء المضمون ، فقال ابن القاسم في «المدونة» : لبقية الغرماء أن يضمنوا له حملانه ويكروا له من أملياء ويأخذوا الإبل ، وقال غير ابن القاسم في بعض روايات «المدونة» : لا يجوز أن يضمنوا حملانه .

وفي كَوْنِ الْمُشْتَرِي أَحَقَّ بِالسَّلْعَةِ تُفْسَخُ لِفَسَادِ الْبَيْعِ ، نَالِثُهَا : فِي النَّقْدِ دُونَ الدِّينِ

أي : إذا اشترى سلعة شراء فاسداً وقد كان نقد ثمنها أو كان أخذها عن دين له في ذمة البائع ، ثم أفلس البائع والسلعة لم تفت وهي بيد المشتري فإن البيع يفسخ ، واختلف هل يكون المشتري أحق بها فيما نقد من الثمن وفيما له من الدين على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه أحق بها ، وهو قول سحنون .

الثاني : لا يكون أحق بها ، وهو قول ابن المواز .

الثالث : إن كان ابتاعها بدين فهو أسوة الغرماء بخلاف النقد ، وهو قول ابن الماجشون .

قال في «المقدمات»^(١) : ولا اختلاف بينهم أنه إن وجد الثمن الذي دفعه بعينه أنه أحق به في الموت والفلس جميعاً .

وحكى اللخمي الاتفاق على أنه لا يكون أحق بها في الدين ، وعلى هذا ففي المسألة طريقان .

والرَّادُّ لِلسَّلْعَةِ بَعِيْبٍ لَا يَكُوْنُ أَحَقُّ بِهَا فِي الثَّمَنِ

يعني : أن من اشترى سلعة ثم اطلع فيها على عيب فأراد ردها فوجد البائع قد فلس فإن له ردها ولا يكون أحق بها ، ولم يجر في هذه من الخلاف ما في التي قبلها ؛ لأن المشتري هنا مختار للرد بخلاف الأول ؛ لأنه مجبر عليه .

قال في «المقدمات»^(١) : وهذا على أن الرد بالعيب نقض ، وأما على أنه ابتداء بيع فيكون أحق بها .

فروع : واختلف إذا أقرضه ثم أفلس المقرض ؛ ففي المذهب طريقتان :

الأولى للمازري : المشهور أن المقرض لا يكون أحق ؛ لأن الحديث إنما ورد في البيع ، وسواء قبض السلف أو لم يقبضه .

قال : وقد يسبق إلى النفس اعتراض قوله : (أو لم يقبضه) لأن من في يده سلعة فهو أحق بها في الفلس والموت ، وأجاب بأن القرض لما كان يتأجل بمقتضى العادة كان للمستلف أن يطالب المسلف بالتسليم ، فلا يكون له حبس ما أسلف ، وإذا لم يكن له حبسه لم يكن أحق به ، ولو قيل : له الرجوع في ذلك وإن لم ينتفع المستلف ، كما قيل في عارية الأرض للبناء والغرس لم يبعد .

وحكي عن أبي محمد الأصيلي إلحاق القرض بالبيع .

والطريقة الثانية لابن رشد : أن مذهب مالك وأصحابه التسوية بين القرض والبيع ، وأن التفرقة بينهما لابن المواز خلافاً لهم .

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
كتاب العدد	٥
كتاب الرضاع	١٠١
كتاب النفقات	١٢٠
كتاب الحضانة	١٥٧
كتاب البيوع	١٧٩
كتاب القرض	٦٢٤
كتاب الرهن	٦٣٧
كتاب التفليس	٧٢٠
فهرس الموضوعات	٧٧٩

* * *